
71
3 B
32

CLAVDII CHIFLETII I. C. SEQVANI, EORVM QVAE DE IVRE PARS PRIOR,

In qua continentur,

De Substitutionibus. *Lib. I.*
De Portionibus legitimis. *Lib. I.*
De Iure fideicommissorum. *Lib. IIII.*
De secundo capite legis Aquiliæ noua & accuratissima disquisitio.



LVGDVNI,
Apud Ioannam Iacobi Iuntæ F.
M. D. LXXXIIII.
CVM PRIVILEGIO REGIS.

Extraict du priuilege du Roy.

PAR *grace & priuilege du Roy, est permis à Damoiselle Ieanne de Ionty, fille de feu Iaques de Ionty Gentilhomme Florentin, quand uiuoit Libraire de Lyon, d'imprimer ou faire imprimer, une foys ou plusieurs, ce present liure intitulé* Claudij Chifletij I.C. Sequani, Tractatus de substitutionibus. *Et est faict defense de par ledict seigneur, à tous autres Libraires, Imprimeurs, ou personnes quelcôques, de non imprimer, ne faire imprimer, uendre ne distribuer en ses pays, terres & Seigneuries ledict liure, si ce n'est par le cõsentement de ladict. Ianne de Ionty: & ce iusques au temps & terme de dix ans, à compter du iour & datte que sera parachevé d'imprimer ledict liure, sur peine d'amende arbitraire, & de tous despens, dõmages, & interests enuers ladicte de Ionty. Et à fin qu'aucun ne puisse pretendre ignorance dudict priuilege, ledict seigneur ueut & entend que l'extraict d'iceluy estant mis au commencement, ou à la fin dudict liure, serue pour toute notificatiõ, comme si la notification estoit faicte sur l'original. Car tel est son plaisir, comme plus à plein est contenu & declare par lesdictes lettres de priuilege, sur ce donnees à Paris le quatriesme iour de Mars mil cinq cens quatre uingts quatre. Et de son regne le dixiesme. Par le Roy en son Conseil.*

Signé D A S S O T.

Et seelé du grand seau en cire iaune à simple queue.

Acheué d'imprimer le dernier Auril. 1584.



AMPLISSIMO

ILLVSTRIQVE VIRO IACOBO San Mauritio Bellifontio, Dolano Senatori, ac Regiæ Philippi Max. à libellis supplicum Magistro,



IOAN. CHIFLETIVS MED. S.

REPERI, vir illustris, inter reliquias bibliothecæ Claudij Chifletij fratris pleraque de iure ciuili, quod annis superioribus in Academia Dolana publicè, & magna cum celebritate professus est. Ea propter immaturum eius obitum, quanquam nõ indigna luce, nondum tamen confecta, & extrema manu dedolata hactenus suppresſi. Victus tandẽ grauiſsimorum

Iuriſprudentiæ profeſſorum votis,& auditorum eius precibus, quos magno numero, ſed maiore gloria in iuris ac legum ſciẽtia formauit, promouitq́ue, paſſus ſum partem à me verius extorqueri, quàm poſtulari. Acceſsére imperia tua, non dicam preces, vt tu ciuiliter amas: ſed maximè Ioannis San-Mauritij patris tui recordatio, quem vt multis de cauſis illuſtrem, ſic inter cætera nobilitatis decora, ætas noſtra vidit profeſsionę iuris clariſsimum, euulgatis ciuilis ſcientiæ ac legum ſcriptis plenis eruditionis ac elegantiæ. Ex quo vberrimo fonte longè plura ſperabantur, niſi eum curæ publicæ, & inuictiſſimi Caroli V. Imperatoris variæ legationum dignationes diſtinuiſſent. Summi auctoris exemplum memini ſæpius audiuiſſe fratrem referẽtem,

mirari

mirari ſe in tanta Iuriſconſultorum Sequanicorum fœcunditate, ne vnū quidem huc vſque auſum imitari:id verò,non quia ſe aſſequi poſſe diffiderent : Superſunt enim non pauci, qui vt de Vinitio dixit olim D. Auguſtus,ingenium habent in numerato:Sed quoniā hic ſeculi noſtri morbus eſt,vt præclara ingenia,nata priuatis commodis , foro ac litibus incubent etiam vſque ad inuidiam poſteritatis. Occupauerat illam ipſam viam Claudius frater, quam tamen, quia fuit interceptus,munire nō potuit. Ex multis quos adhuc premo ſingulares hoſce libros edecumaui: in queis quatuor de fideicōmiſſorū iure ſcio à quāplurimis ſummo ſtudio deſyderatos. Sed quia totus hic, ſeu poſthumus partus eſt,aut potius abortiuus,mitto eum ſub tuum pa-

trocinium ac faces, quarum fulgore ac ſplendore illuſtri vitam accipiat ac lumẽ. Huic tu Deus Statanus eſto: quem conditore ſuo orbatum, ac veluti tellure iacentem ſi excipies, fouebis, animabis, non panicos metus, Faunorúmve ludibria perhorreſcet, & quas ad bonos auctores, Tacitum, Horatium, Ammianum, Vegetium, aliόſque, adſeruo & paro eiuſdem officinæ cogitationes, prõptius porrigam, confidentiúſque. D I te diu ſeruent patriæ & Muſis. Vale, Veſontione maxima Sequanorum. A. D. Kal. Februar. CIↃ. IↃ. X X C I V.

I N



IN FVNVS CLAVDII CHIFLETII, IVRISCONS.
Carmen Lud. Lautij.

Dola, doles meritò, quæq; est iniuria tanti
Támque inuidè erepti viri,
Perstringis vultus: oculósq; obnupta serenũ
Cœli intueri diffugis.
Sed ne æquo plus Dola dole: nimiũq; seueris
In te tuis parce vnguibus.
Nõ obiit, tãtùm hinc abiit Chifletius: vsq;
Dum prisca iura Romuli,
Et leges, quæ nunc cæcis ambagibus inter
Fraudes vagantur ac dolos,
Oblitis referat sociis: cœloque petitis
Auctoribus definiat.

ἑνός ἐςι χρεία

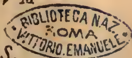
AD LIBRVM.

I liber, & manibus doctorum illabere puris,
Nec metue aut tineas, aut thus, vnguēta, vel vt te
Inficiant: maneat tam indigna iniuria, quorum
Scripta minus purè iuris præcepta Latini
Tradunt, in tenebris rerum fluitantia cæcis.
Istis hoc vitium, vt scriptores tangere puros
Nolint: quòd paulùm forte an si tersus homo sit,
Qui studiis legum studium sociauerit vltæ
Grammatices, dicant verbis hærere morosum,
Sermoni addictum mentem fugisse latentem:
Ipsi torquentes, vexantes denique legum
Et peruertentes sensus, quos verba ministrant,
Sermone infantes latio: prauique tenaces,
Quē si nō sequitur quis, magnā huic dicere caussā
Corrupti moris tenuit quem sancta vetustas.
Tamquam posteritas iurarit nata nequaquam, in
Verba vetustatis denatæ, nilque potis sit
Aut fieri, aut dici rectum nisi more vetusto.
Haud hi porro nouum sese calcare vident, quum
Illi nunc tantùm veterem retrahant fugientem.
Horum igitur fœdasq; manus vitare, oculósque,
Et nec iudiciis valde pendere iubebo.
Et quamquam pater ipse tuus non imminet, vt te
Defendat damnis parium, fatúmque tenellum,
Ne metue à doctis, quorum te candida nolunt
Ingenia immeritum calamo contingere tristi.

Ioan. Morelotus I. C.



AD V. C. IOANNEM CHIFLETIVM MEDICVM DOCTISSIMVM,



Ioannes Morelotus I. C. S.

PRAECOX & immatura mors V C. valde multas graues de litteris cogitationes fratris tui Claudij intercepit. Habebat enim ad manũ, & prope adfecta quãplurima, tã in iure quod profitebatur, quã in studiis politioris litteraturę, suspẽsis omniũ nostrûm animis ad nouas lucubrationes, quas in morte eius sepultas propè lamentabamur, nisi te vnũ vindicẽ & adsertorẽ nominis fraterni meminissemus. Ecce verò, pro expectatiõe de te nostra, ex quo ille Academię Dolanæ flebilis occidit, nulli flebilior q̃ mihi, qui omnia, quæ in litteris & prudẽtia Iuris sũ adsequutus, ei me vni debere nunquã abstinebo profiteri, parumq; gratus, & memor sim bene factorũ si fecero secus, à me vnaq; eius aliis

cultoribus exorari te passus es, imo & precibus cogi, vt sineres eorũ partẽ exire, quæ de iure scripsit. Certè quæ primũ prodeũt, adcuratiora prodirent, si postremã auctoris manũ recepissent. Quamquam nec illis laus sua deest, tam à sermonis elegantia, quàm à tradendi facilitate in disputandis partibus Iuris omniũ difficilimis & diffusissimis. Prodirẽt exacta & partibus suis omnibus absoluta, si non mors fato nimiùm propera gloriam ipsi studiorũ inuidisset, quorũ messem primùm ætatis primo flore colligebat. De substitutionibus plenè scripsisset, nec in vulgaribus restitisset, sed & altero libro pupillariũ atque exemplarium iura complexus esset. Fideicõmissorum etiã tractationem ad imum clausisset. In qua exigenda quum laboraret, tũ repente fato concidit, magno iuris fideicõmissarij damno, quod nescio an vllus antea, qua arte ipse docuerit, nemo, certò scio, pari similiq; vel elegãtiori via atq; ordine prosequutus est. Fidei meæ probi synceriq; omnes sint siue rogati testes, siue etiã arbitri recepti. Sũt autẽ omnia illa cathedrariæ recitationes, & sicut ferè dictata sũt auditoribus. Quorũ fastidia in substitutionũ salebrosa materia excipiẽda, & cùm vix tantũ vulgaris iura pertractasset,

tractaſſet,extuderunt ab indulgētiſsimo Doctore , ſed qui tamen inchoatam ſubſtitutionum culturam ægrè deſereret, vt iiſdem eius verbis vtar, tractatus de legitimis portionibus,& de fideicommiſsis , in quibus de quadrante Trebelliano dicere diſtulerat. Porro ego,cū conceſsiſſes amicorū precibus & votis,in quo & nomini fratris,& commodis publicis te conſuluiſſe exiſtimo, ſanè lubēs,meritoque te faciente & ſuadente ſuſcepi curā in mundum acroamata illa redigendi , ſicut feci, & capitibus certis , librisque diſtinxi in maiorem lucem , atque vt ipſa lectio gratior & facilior eſſet.In qua parte ſi quid peccatum fuerit,nil moror pœnam decidere, qualecunque damnum ſarcire oporteat.Quantum potui,non quantum voluiſſem bene,fidē meam exſolui nomini & memoriæ fraternæ aliquādo pleniorem præſtiturus,ſi voles quæ adhuc premis & recondita tenes in lucem emittere, vt potes & debes. Habes pleraque eius alia, de iure tantùm dicam , ſcripta iuſti & legitimi operis. Habes & aduerſaria quædam , ex quibus conficere cogitationum Iuris ciuilis libros meditabatur, plena doctarum & lectiſſimarum obſeruationum. Inter quas auctor tibi fuit Ioannes Petremantius I. C. clariſsimus

mus adfinis vester, vt illam quæ est de secundo cap. legis Aquiliæ proponeres. Hactenus docti & eruditi viri nonnulli in eo inuestigando & eruendo se torserunt, nec vlli adhuc satis constitit, particula illa iuris desuetudine inumbrata vbi lateret. Spero finem inuexisse anxiam eius inquisitionem, in hácque fratris cogitatione conquieturos, quo nemo antea certius indicasse videtur. Interim & ego nolo vicissim nunquam tradere, quas habeo eius per vltimam liberalitatem ad Institutiones DN. Iustiniani illustres notas, simulque ad titulos D. de verb. signific. & de regu. iur. Vulgabo in vulgum aliquando Deo fauente, nec patiar diu auctorem sua laude, vel iuris studiosum earum commoditate carere. Atq; vt facis tu pro pietate erga fratrem tua, ego pro fide mea, gratique & liberalis hominis officio enitar, quàm potero maximè, vt ne pereat illi laus & gloria laborum, in quibus dum nobilium adolescentum commodis, atque adeò reipubl. seruiret, magno omnium dolore succubuit. Vale V. C. & officium nostrum æqui bonique consule. Ex maxima Sequanorum prid. Non. Aug. CIↃ. IↃ. XXCIII.

AD

AD LECTOREM.

Aduerte in hoc opere operarum errorẽ. Præposuerũt enim lib. de Substitutionibus singulis pag. titu. de Successionibus, pro substitutionibus. Leue est illud, quod in fine libri de Portionibus legitimis posuerunt, finis libri secundi. Sed singularem esse prior inscriptio statim te docebit. Vellem etiam distinxissent singulis paginarum epigraphis, ordinem librorum de Iure fideicommissorũ, quem tamen confusum & innotatum reliquerunt. Alia errata sic corrigito, & priore numero paginam, secundo uerò uersum intellige.

Pag.17.ver.15.substitutio.19.7.communi. pag.21. ver. 6.37. pag.25.ver.17.fideicommissario. & ver.18 43. pag.27.17.quare t. 28.fi le commissaria.30.substitutiones. 31.13.poterant.29. inutiliáque.32.l.in tacitis.32.16.in illa scriptura.33.10.inuitant.34.10.voluntate.35.28.arg.d.l.vni.36.23.quàm inst.41.3.relinquo. Omnes. 44.15.ex eius.20.relinquendis. primus. 45. 28.sit. 31.ex.47.14 incerta.18.C.29.legata & fideicommissa.50 3 id est. 8.1 . de adq. hered.25.non tum.51.14.inst tatione adiectione verbi, noua definitione opus non est.54.20.extensione.55.29. extensionem.56.1 extensio.60.30.dispunct.65.17.l.1.in fi. 17.videbitur.66.10.quam. 69. 2. quia de indigno.9.defecisset.23.ex. 70.30.deficiente.71.11. sibi locum facit.25. vbi alius ex eo testamento. 73. 28. & 29.seruatur, quia nullo iure sublata est.vt verè.74 17.eo.22.in subertate.75.8. & finis.Sed.77.19.D.de cap.79.4.Papinianeorum.10 aditio nulla fieri.81.31.testatoris mentem.8 .16.censeri 83.9 pupillaris, uta. 23.substituerit.85.1.Nam aiunt.86 24.vbi.87. 7 heredum. 88. 26. Papinianea.89 20.ius.90 19.substitutus. 93.25. alia tacita specie. 94.32.coheredum quæ constiterunt.95. .peti possunt. 17. add.l.qui filiabus.29.D.sol.matr.97.12.D.de hered.instit.22.nimis.98 9. negotium.102. 1.d.l.iam hoc iure.Non igitur debere. 155. 9. ab impuberis herede relictum.106.13.deseremus.108.28.semis.109.1.semis 3.filiis.10.paramus in ea.pag.111.8. exheredetur. 25. bona. 26. D.de iure dot.112.1 meritò non continetur.113.32. Senatusconsulto. 114.18.colum.117.11.verisimiliter.27. de bono possess. contra tab.31. nullum.28.receptam.120.1.rescindantur.121.29.& viriliter.124.6. & 7.

& 7. auth nouissima. 25. ius. 125. 24. male. & partē. 27. fuisset. 126. 6. l. si proponas. 27. si proponas, 29. si proponas. 128. 22. improprius. 29. corporibus. 129. 1. putarē. 2. videretur. 131. 13. egentibus. 18. l. quoniā in prioribus. C. de inof. 133. 6. Martiani. 134. 14. omnia, idque in 24. adrogatoris. 136. 24. D. de ver. sig. 140. 31. matris. 142. 31. effectū. 143. 23. duobus, tit. 144. 29. Haud equis. 147. 15. depurate. 18. & 19. Idque probant omnes, magno ni fallor errore. 152. 4. in fi. D. ad l. 7. meritò. pag. 155. ver. 3. municipum. 157. 17 & 18. tam in quantitate, quàm in qualitate. Hac enim. 160. 11. Coloratius huius. 16. amitti. 164. 22. coharedum. 167. 11. quàm in toto. 168. 5. manumissorem. 169. 27. exceptis. 171. 3. heres. 174. 1. & 2. l. dos à patre. C. solu. mat. 175. 27. commercium, nec mortuo. 29. nec. 178. 21. obtinuisset, donationis. 179. 10. statui. 11. cum quo. similis. 185. 14. longè 26. arg. l. vlt. 188. 21. C. de rei vind. 189. 26. filiisfamil. 31. & quasi, patrique. 190. 4. pater teneatur. 11. renunciari possit. 32. sustinendam. 194. 7. tam ascendentibus quàm descendentibus competunt. 195. 3. & secunda. 197. 7. & 8. in bonis parentum liberis portionem. 199. 1. repudiari, & amitti. 200. 24. l. si vnquam. C. de reuoc. donat. 101. 10. etiam. 206. 29. produxit. 213. 5. soluta. 20. sumen. 114. 18. verbis, 215. 25. vbi de. 217. 5. Seuerinam. 6. fideicommissis. 220. 19. hic. 221. 14. promptu. 223. 27. antequam. 224. 11. incœpit. 31. & 32. igitur, si in l. pater. 226. 8. persequutione extraordinaria. 231. 21. delibabo. 223. 2. D. de iu. 235. 31. ab herede. 236. 5. C. fam. ercisc. 237. 7. nactus. 239. 6. ad se. 19. Sed medij. 241. 13. causa. 246. 21. dissoluitur. 247. 20. scripturæ non impedire. 250. 12. diuisiones. 252. 16. Nam cùm ibi. 257. 18. legitimis hæredibus. 258. 12. quia pupillo. 260. 2. l. cùm filius. 14. in fideicommissum. 262. 25. præstabantur. 265. 20. Huic 266. 20. alieni. 269. 9. est ex lib. 4. 14. quod Senatusc. 17. filiusfam. 18. 273. 26. titulum. 277. 18. manumisimus, separentur. 280. 17. libertabus. 20. cui debitam. 281. 20. de bonis liber 282. 5. cedunt. 283. 22. repeti. 284. 31. cessit. 292. 7. legatum. 301. 4. ex testamento. 302. 7. restituendi. 305. 19. C. de fid. 307. ver. 91. in d. l. 1. 310. 4. sententiæ. 313. 14. vulgari. 314. 27. decedenti. 316. 32. Quid quod licebat legatario legatum.



CLAVDII CHIFLETII I.C. SEQVANI

Tractatus de Subſtitutionibus.

PRAEFATIO.

NVNQVAM à laboris cõſuęti intermiſsione ſurrexi alacrior (auditores) quàm hoc tẽpore, quo recurrẽte dierũ iuſtorum ordine, auſpicia futuri annui ſtudij ducimus, & noualia iterũ proſcindimus. Alacritatis enim meæ cũ multiplices cauſæ ſint, omnes tamẽ à vobis pendẽt, & in vobis cõſiſtũt. Nõ ſoleo, fide bona, diſsimilis eſſe mei, id eſt, fucatè & ſecùs ac ſentio, tecum, ac bonis loqui. Vos me ampliſsimis veſtris muneribus hactenus multifariã beaſtis, auriũ veſtrarũ opera ſępe fideliter exhibita. Sed nihil tam me cõmouit quàm induſtriæ veſtrę nobile ſpecimẽ in tentãda hac cathedra, & maiorũ veſtrorum ac præceptorũ imitãda arte. Qua in re neſcio pręclarius fecerint, qui conſcẽderint, quam qui audierint, & operã cõmilitonibus fortẽ ac fidelem exhibuerint. Ita enim & conatus proiicientiũ, & fauor excipientiũ concurrebant, vt conſenſus ille & mutuę operę præſagio fuerint, quid aliis profe-

ſtis

ſtis, & ceſſationum diebus, de vobis omnibus ſperare debeamus. Pergite igitur humaniſsimi viri, Gratiarũ habitũ & inceſſum imitari, quas finxit antiquitas iũctis manibus decẽter incedentes: & mutua ita vobis officia pręſtate, vt eodẽ cõcẽtu nobis etiã commodis veſtris ſtudentibus pro ſolito faueatis. Nam in veſtram gratiã ſuſcepi hoc anno eã iuris partẽ, quam aliis noſtris decurſis laboribus ſubſtituerẽ; ſed cui nulla iure præferri poteſt; luculentum nempe vaſtumque ſubſtitutionũ titulum. In quo interpretando, & ſinus eius, mæandros, ac flexus inueſtigãdo, veſtra illa, vt ſpero, ordinaria nobis humanitate prouehemur. Quam vt mihi adfuturã auſim polliceri: ſic nec ſuſcepto operi, nec aliis veſtris vtilitatibus, vllo tẽpore ſũ defuturus. In capite operis de vtilitate dicere poſt veteres ſuperuacuũ. Tantum admonebo, nõ quod ille ait, & hic locũ habere poſſe, *in ſteriles campos nolunt iuga ferre iuuenci.* Adeo enim omnes vtilitatis numeros impleuit hæc tractatio, vt nulla ſit fęcũdior, fertiliorq; in tota iuriſprudẽtia. Nã & gloriari ſolebat Baldus, ex hoc agro & fundo bene culto x v. cIↃ. aureorũ refeciſſe. Si igitur refectus ac reditus illo tempore, quo vilis erat annona reſponſorũ iuris, tanti fuit: videre quid tẽpore noſtro ſperare debeamus, quo ita exardeſcit, vt nulla ſit vberior meſsis, nulli quęſtus æquo defluãt ab Ioue maiores. Ego verò non tã ad vtilitatem vos voco, q̃ pulchritudinẽ & honeſtatẽ, quæ nulla maior, nulla clarior aliũde exire poteſt: vt in quo ſuſpenſa fuerint tot heroũ ingenia, in quo induſtria eorum enituit, in eo nos operam impẽdere
iuſtum

iustū & æquum sit, ac studiis eorū, disquisitionibus, inuentionibus frui gratū, amicūq; esse debeat. Quis enim nominis alicuius in iurisprudētia fuit, cui hęc pars iuris intacta? Qui non præclarū duxerit glebas pingues huius agri vertere? Quod & diis volētibus ad eorum imitationem & vtilitatem vestram faciemus. Iuuabunt enim segetes, vt inquit ille, laborem nostrū. Nolite autem existimare vsquequaque certum esse, quod magni nominis vir dixit: difficile hic esse nouorum inuentis aliquid addere. Nam & quid antiquorum industriæ nouitia nostra cura cōferre possit, progressus exitusque laboris vos docebit melius, ne quid iactandi causa interdicam. At verò in tam diffuso tractatu ordinis hæc erit ratio, vt communibus substitutionum prius propositis, species earum ad leges huius tituli secundum antiquorum destinationem exponamus. Primùm igitur disquiremus, à quo & cuius iuris sint, curve introductæ. Tum de nomine & vocabulo, aliisque ei adfinibus subiūgemus. Sequetur deinde rei ipsius definitio, eiusque in species distributiones, directorū & precariorum verborum tractatus: Postremo substitutionum effectus in genere.

Substitutiones à quo iure sint.

CAPVT I.


VOD ad primum attinet, videntur substitutiones eodem iure introductæ, quo & institutiones. Verè enim institutiones sunt, vt post viderimus, & ambitu earum tanquam genere contentæ, gradu tamen ab illis distiguuntur. l. 1. D. de vulg. Institutiones au-

tē heredū eodem iure censentur, quo & testamēta, quæ à iure gentiū orta esse certi iuris est, cū forma iuris ciuilis sit. Fab.lib.3.c.8. *Sunt enim quædam non laudabilia natura, sed iure concessa.* Deinde addit: *Est aliquid æquum, sed probibitum iure, ut libertas testamentorum.* Vnde eruo libertatem testamentorū esse iurisgentiū, sed metas ei impositas, & spatia rescisa iure ciuili. Quia debet quisque secundum leges suæ ciuitatis testari: Iure autem gentium cùm liberum esset, in testamentis instituere heredes, aut non, ab eo iure manasse institutiones dicendum est. At cùm hodie necessitas instituendi testamentis iure ciuili sit imposita, quin & caput atque fundamentum testamēti appelletur heredis institutio. §. ante heredis. Institut. de legat. §. in primis. de fideicomm. heredit. eod, sintque instituendorum heredum multa alia solemnia iure ciuili præscripta, toto tit. de heredibus instit. meritò iuri ciuili adscribi heredum institutiones dicemus, id est, earum formam: cùm origo iuris gētium sit. Idemque de substitutionē statuendum. Inter institutiones tamen & substitutiones hæc erit differentia. Quia heredum institutiones necessariæ sunt dicto §. in primis. substitutiones non item. titu. de vulgar. in princ. apud Iustinianū. In summa ita statuamus. Substitutionum alias à lege, 12. tabu. esse, qua latissima potestas tribuitur disponendi de re sua. l. verbis legis. D. de verborum significatione, quæ libertas ad illam iurisgentium maximè accedit, & huius generis est vulgaris substitutio: alias à moribus, vt pupillaris: alias à principalibus constitutionibus introductas esse, vt quæ ad

ad exemplum pupillaris facta est, itemque directa militaris, de quibus plura suis locis.

Cur potissimum introductæ sint substitutiones iure ciuili. CAP. II.



T VERO cur introductæ substitutiones, & tam diligens apud Iureconsultos earum tractatus? Nempe ea prouidentia qua nihil non mouerunt vt testatorum voluntas illibata esset. Infirmata enim institutione aut suo vitio, aut non adita hereditate testamentum corruebat, nisi substitutione sustentaretur, à qua & vires capiebat. l. ex facto. §. Lucius. D. de vulga. Eadem prouidentia, ne recusarent heredes scripti ob nullum aut minimum lucrum hereditatem adire, lata est lex Falcidia pro legatis. §. 1. Institut. de lege Falcid. facta etiam Senatusconsulta pro fideicommissis, §. sed quia Institutio. de fideicommissar. hereditat. Parique ratione Prætor edictum proposuit, si quis omissa causa testament. & l. 1. in principio eodem. Porro ante caduca sublata, & quo tempore lex Papia vigebat, magnus erat substitutionum vsus, ne videlicet destituerentur testamenta, herede instituto non capiente, l. vn. in princip. cap. de caducis tollend. Ideoque non in hereditate tantùm, sed legatis & mortis causa donationibus substitutiones fiebât, vt posteà dicemus. A substitutione enim incipiebat testamentum, argumen. l. si is qui. 57. de heredibus instituen. & hereditas in secundo gradu versabatur, non in primo, l. non putauit. §. à primo. de bonorum possessione

contra tabul. Sed quantumuis caducis à Iustiniano ſublatis, nihilominus eximius adhuc ſubſtitutionum vſus fuit in conſeruandis defunctorum voluntatibus, aliàs ſæpe interituris. Quin & ea via bona conſeruant in familia teſtatores, dum maſculis deferunt nomen & dignitatem familiæ ſuſtinentibus, vt notum eſt.

De nomine ſubſtitutionis, aliiſque ei adfinibus. CAP. III.


VNC de nomine & vocabulo dicamus, antequam rem ipſam definiamus, quod à quibuſdam aliis ei adfinibus diſtinguẽdum eſt. Primùm à reſtitutione hereditatis. Hæc enim à ſubſtitutione ſeparatur. l. 3. §. ſinautem. C. communia de legat. titu. C. de inſtitut. vel ſubſtitut. vel reſtit. ſub cond. fact. Reſtitutiones de fideicommiſsis fiunt. Subſtitutiones à iure recto deſcendunt, & verbis directis peraguntur, vt pluribus in diuiſionibus exequendis probabimus. Eſt etiam conſtituenda differentia inter conditionales inſtitutiones, & ſubſtitutiones, quam videmus ſæpe Iureconſultos ſeruare, l. ſub conditione. 73. de heredibus inſtituen. l. inter omnes. cum ſeq. qui ſatiſda. cogan. l. Diui. de iure codic. l. cum heres. 52. in fin. de acquir. heredit. l. vn. §. ſinautem aliquid. C. de cad. toll. Differunt enim gradu. Quia inſtitutionem conditionalem cùm dicimus, intelligimus primam. Et quamuis ſubſtitutio omnis conditione nitatur, l. coheredi. §. coheres. D. de vulgari. tamen omnes conditionales inſtitutiones ſubſtitutiones non

ſunt,

ſunt,vt exempla ſupeditat tit. de condit. inſtitutio. diſtinctus à tit. de ſubſtitutionibus. Denique conditionalis eſſe poteſt inſtitutio, ſubſtitutio pura.l. vltim.§.1.D.de vulgar.Subſtitutionum porro certæ ſunt & nominatæ conditiones, ſeu potius caſus, ſic enim appellantur.l.Iulianus.D.ſi quis omi.cauſa teſtam. &c. *Si heres non erit, ſi in pupillari ætate deceſſerit.* At conditionalium inſtitutionum, vagi & arbitrarij.Poſtremò quas conditiones inſtitutio recipit,eaſdem & ſubſtitutio.titu. C.de inſti.vel ſubſtitut.ſub condit.fact.at non econtrà. Nemo enim ita inſtituitur,vt heres ſit,ſi alius heres erit,vel ſi in pupillari ætate deceſſerit.Diſtinctio præterea adhibenda eſt inter ſubſtitutum,& adiectum. Quia adiectus non eſt ſubſtitutus,ſed coheres.§.vlti.Inſtit. de legat.qui dicitur heres adhibitus.l.Lucius.83. de heredibus inſtituen.Ideoque ſeparantur à Iureconſultis l.qui non militabat.76.§.vltim.de heredib.inſtituend.l.verbis ciuilibus.D.de vulga.vbi qui non admittitur vt ſubſtitutus,neque vt adiectus etiam. Contra nonnunquam ex euentu vel adiectus eſt, vel ſubſtitutus, d.l. qui non militabat. in fin. cum. 2.ſeqq.Adiectus heres ita poteſt fieri, *Titius heres eſto,ſi Titius heres erit, Mæuius heres eſto.* Nam in ea ſpecie Mæuius coheres eſt.l. ſi in teſtamento.22. in princ.ſi quis omiſ.cauſa teſtamen. &c. At ſubſtitutio negatiuè debet concipi.

De ſubſtitutionis definitione. CAP. IIII.


SEQVITVR ex ordine nominis finitio, in cuius interpretatione occupantur interpretum multę columnę:nos paucis cum ea

transigemus. Neque enim institui omnes referre, quarum numerus ad 12.& plures excreuit. De præcipuis tantum dicam. Illa Accursij qua secunda institutio dicitur, & ambigua est, & imperfecta. Quia non omnis secunda institutio substitutio est, neque sola secunda institutio. *Non omnis*, dixi, quia dare est secundas institutiones, posterioribus in testamenti partibus factas, quæ non sint substitutiones, sed adiiciant heredem. l.3.§.in eo.D. de lib. & post. vt in iuris adcrescendi tractatu dixi. Non item sola secunda institutio est substitutio, quia non solus secundus est substitutus, sed tertius & deinceps. Cui tamen cauillo Accursius respondet, exemplo secundarum nuptiarum, secundam institutionem dici, etiamsi vlterior sit: sicut tertiæ quartæque nuptiæ secundæ dicuntur. Pari ratione duos reos stipulandi & promittendi dicimus, cum plures esse possint, titu. Instit. de duobus reis, in princip. Quicquid sit, videtur Accursius verbis in definienda substitutione pepercisse, contra præceptum Senecæ nat.quæst.lib.5.cap.1. Imponunt etiam interpretes Accursio hanc definitionem in l.qui liberis. de vulg. vt sit conditionalis institutio. Quod tamen ὀρθῶς ab eo dictum non est, vt patet ex eius verbis: idemque falsum est. Præsumpsi enim dicere, & simpliciter ostendere, conditionales institutiones substitutiones non esse. Melius Azo in summa Codic. de instit. & substit. *Substitutio, est secundus gradus, uel tertius, aut deinceps, omnium eorum qui in locum institutorum deficientium, uel non adeuntium, instituuntur.* Sed in hac definitione parum artis: & si fatear verè describi substitutionem, & digito quasi demonstrari. Est igitur

igitur τύπος quàm ὅρος. Nã in ea nihil video quod locum generis obtineat. Denique &si non parcat verbis,tamen superflua cumulat. Instituti enim deficiunt,vel cùm nolunt,vel cùm non possunt adire, l.3.C,de heredib.instituen.id est, cum non sunt heredes voluntate, aut necessitate iuris,vel facti, puta,si moriantur, si incapaces sint. Statuo igitur veriorem definitionem omnibus definiendi legibus munitam,& ad vim eius exprimendam adcommodatam,vt sit *Substitutio, iterata & noua alterius institutio deficiente priore.* Institutionis enim verbum genus occupat. Quia omnis substitutio institutio est, & substituti heredes sunt,vt instituti,l.1.de vulg.l.vlt. D.de fideicommis. lib. Est igitur institutio, more Iureconsultorum,sic diuidẽda, vt alia sit institutio, alia substitutio.Quomodo cognationem, adoptionem,iurisdictionem nostri distinguunt,generis nomine ad speciem arctato.Sic videmus sæpe institutionis nomen pro substitutione adsumi, l.si pater impuberis.25.D.de vulga.Ideoque qui tenetur heredẽ instituere,nihil interest, quo gradu id faciat,l. mulier.20.in fin.de condit.institu. Et vt instituere heredem, sic substituere heredem dicunt Iureconsulti,l.cum pater.60.ad l.Falcid.Deinde institutionis verbum excludit eas substitutiones, quæ in legatis,fideicommissis, mortis causa donationibus, tutelis,fiunt. Quæ non sunt institutiones, quòd eis non detur hereditas. Harum impropriarum substitutionum his locis meminerunt, l.si legata.C.de legat.l.vn.§.sinautem aliquid.C.de caduc.tollend.l.5. §.9.de don.inter vir.& vxor.l.26.de hered.instit.l. 57.§.vlti.ad Trebel.l.64.de legat.2.l.33.de testa.tut.

Alterius

Alterius dixi, quia substitutio nullius est momenti, qua quis sibi ipsi substituitur. l. vlt. §. 1. de vulga. nisi causa institutionis mutata fuerit, vt ibi Iurisconf. explicat. Non obstat l. si ita. in prin. D. de bon. poss. sec. tabu. Quia ibi mutata erat causa institutionis, & ex noua causa vel cōditione instituebatur. Dic igitur ibi substitutum impropriè sumi pro eo, qui sub conditione est institutus, qui distinguitur à substituto, vt ostendimus suprà. Nam & conditiones ibi adscriptæ, nō sunt casus substitutionum, *Si heres non erit, si in pupillari ætate decesserit, &c.* & sic sumitur in l. libertus. 20. §. si libertinus. de bonis libert. Iteratam autem institutionem appellaui, quia iterum non tantum est secundò, sed etiam sæpius, vt ad insequentia quoque tempora pertineat, quemadmodum in edicto de edendo, non tantum δεύτερον, sed & πάλιν significat. l. veluti. 7. D. de edendo. dixi, *deficiente priore.* His enim verbis omnes modos, quibus quis desinit heres esse, aut esse non potest, comprehendimus, siue omissione, siue incapacitate, siue morte id contingat: id est, siue voluntaria sit defectio, seu necessaria facto vel iure, siue deficiente alia qualibet apposita institutioni conditione, dict. l. libertus. § libertinus. D. de bonis liberto. Nō mutat, quod exheredato pupillo substitui possit, §. non solum. titu. Institut. de pupill. substitu. vt ad hoc substitutionis genus definitio nostra non videatur pertinere. Nam duplex occurrit responsio. Primùm, impropriam esse substitutionem, quæ exheredationi subiicitur. Nos autem veram & propriā querimus. Nam ex his est substitutio, quæ sunt τῶν πρός τι, id est, ad aliquid, & relationem habent.

Sustitutio

Substitutio enim melius institutioni, quàm exheredationi respondet. Idémque dicendum est de ea substitutione, quæ præterito filio à milite fit. l. miles. §. si miles. D. de milit. testam. vtriq; enim manifestũ est impropriè, substitutum & substitutionem dici. Præterea qui exheredabatur pupillus, desinebat esse heres, quia viuo etiam patre quodammodo talis erat, §. si autem. Institut. de hered. qualit. & differ. Ergo exheredatus heres esse desinebat, & institutio iuris cessabat. Sed hoc leue. Illud certum est, definitionem nostram ei iuri quo vtimur adcommodatam, quo demum pupillorum exheredationes vetitæ sunt, l. si quis in suo. §. legis. C. de inoff. Vltimo videtur nocere l. querebatur. §. vlt. de milit. test. in qua iterata institutio, non tamen est sustitutio. Quia si esset, legata relicta ab instituto repeterentur à substituto ex rescripto Antonini, l. licet Imperator. 74. de leg. 1. l. 4. C. de Sanatuscon. Treb. Illi legi varia interpretes adhibent fomenta. Ac inter cęteros Accursius negat, ex die institutum verè esse substitutũ, quamuis ita appelletur sed impropriè in l. miles ita. in pr. D. de milit. testam. Quam sententiam veram existimo, quia ordinariæ substitutionum conditiones illi non insunt, hæ videlicet, *Si heres non erit*, aut, *Si in pupillari ætate decesserit*. Est igitur sustitutio genere quodã, vel proprij cuiusdam generis, priuilegio militari innixa. Ideoque definitioni nostræ, qua legitimas & consuetas substitutiones comprehendimus, aduersari non debet. In his enim, quæ contra rationem iuris introducta sunt, non possumus sequi regulam iuris l. in his. cum seq. de legib. Ad diem enim, aut ex die, non licet paganis heredes instituere l. here-

ditas ex die. D. de heredib. instit. Ergo non mirum, si ordinariæ substitutionis ius in iis locum non habeat, nempe si legata ab instituto relicta, nō debeātur à substituto, d.l. licet. Quia & hoc ius in obscura voluntate testantium positum est, neq; in aperto eorum iudicio locum habet, *Vt Iurisconsultus* explicat d.l. licet. & potest poni exemplum in l. latinus. 83. de leg. 2. & in l. qui duos. 42. in fi. de vulg. At cùm instituitur heres in diem, aut ex die, voluntas manifesta est testatoris distinguentis tempore ipso heredes, ideoq; onera vnius ad sequentes non pertinere, nisi manifestò ex verbis colligi posſit, d.l. quærebatur. §. fi. Ergo regulariter legata ab instituto petuntur à substituto, nisi contraria voluntas probetur d. l. licet. At cùm de institutione tempore circumscripta loquimur, non repetuntur, nisi aliud testator constituat. d. §. vlt. Distinctio enim tēporis diuersitatē institutionum inducit, ideoq; ab vna ad aliam non potest rectè inferri. arg. l. Pap. exuli. D. de min. Atq; coheres vt coheredis sui onera nō fert, nec legata ab eo relicta præstat. l. siue à certis. D. de duob. reis. Sic nec heres ex die, heredis ad diem legata præstabit. Licet enim nobis hoc in casu, à bonorū distinctione ad temporis diuersitatem à testatore præscriptam argumētari. d. l. miles ita. in pr. D. de milit. testam. Ex quibus patet, ambiguū & obscurū esse, quod Iason & Socinus dicūt, repetitionem legatorum in substitutis non fieri, nisi in vulgari, non item in directa militari, puta si miles vltra pubertatem substituat, quod proprio iure potest, l. Centurio. D. de vulg. Nam directa militaris si non sit tempore definita, puta aut in diē aut ex die facta, substitutus ad præstanda

ſtanda legata tenebitur, ad quæ tenebatur is, cui heres datus eſt. Succedit enim in eius locum. Itaque ſi pupillus, aut pubes, patris militis heres exiſtat, ac proinde ad onus legatorum ab eo relictorũ teneatur, tenebitur etiam ſubſtitutus arg. l.º in ratione. §. quod vulgo. D. ad l. Falcid. non tamen vi reſcripti & interpretationis Antonini, d. l. licet. ſed iure communis, & eo iure quo quilibet heres teneretur. Nam reſcriptum ad vulgarem tantum caſum pertinet. At verò ſi temporis diſtinctio fiat, & vſq; ad diem, aut ex die, quis à milite inſtituatur, præſumit lex repetitionem legatorum à teſtatore non induci, niſi manifeſta ſit eius volũtas. d. l. quærebatur. in fi. de milit. teſtam. Sed de reſcripto Antonini plura dicemus, inter effectus communes ſubſtitutionum. Porro, vt ad rem redeam, non inconcinnè hic à nobis ſubiicietur, cur dixerit Iurecõſultus ſubſtitutionem eſſe appendicem præcedẽtis inſtitutionis. l. ſi quis heres. 35. in pr. D. de adq. hered. & an in vniuerſum verum ſit. Quod mihi perſuadere non poſſum. Nam ſi eſſet appendix, & acceſsio, ſequeretur eius naturam. Itaque ſublata inſtitutione, deſtitueretur ſubſtitutio, ex natura acceſſorij, leg. cum principalis. D. de reg. iur. Atqui ſine inſtitutione eſt ſubſtitutio, imo niſi ea deficiẽte locus ei non datur. Ergo nõ eſt appendix aut ſequela inſtitutionis. Magis eſt igitur, vt verbum illud I.C. obtineat in caſu legis illius, & eius fines non egrediatur, arg. l. Fulcinius. §. Celſus. D. Quib. ex cauſ. in poſſ. eat. nẽpe cum periculum eſt, ne quis pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedat, ꝙ in teſtamẽtis paganorum nõ licet, l. ius noſtrum. D. de reg. iur. Itaque deficiente coherede, coheres ex

ſubſtitutione heres erit, ſi ante pro herede ſe geſſerit ex ſua parte. Quia iure adcreſcendi inuito ei accedit heredis portio, etiam extra ſubſtitutionem. In d. l. ſi quis heres. duæ proponuntur ſpecies, quæ pari iure & ratione determinantur. In ſecunda autem magna dubitatio eſt, quos heredes intelligat Iuriſcon. his verbis, *Erunt namque heredes*: Vtrum videlicet patrem, vel dominum, qui iuſſerant adire ex inſtitutione, an verò ſeruum manumiſſum, vel emācipatum filium, qui ſua ſponte adiuerunt ex ſubſtitutione. Ego puto ex ſimilitudine prioris ſpeciei voluiſſe Vlpianum patrem aut dominum heredes eſſe. Idque ratio ſubiecta ſatis indicat. Negat tamen Accurſius, vimque adfert manifeſtis verbis Iuriſcon. d. l. ſi quis heres, propter: l. ſi ſolus. 80. §. 1. D. de adq. hered. eod. tit. In qua tamē manifeſtum eſt Paulum ab Vlp. diſſentire, vt & aliis in locis eo licet innominato, de quibus Cuiac. in l. 2. D. pro empt. Quod indicant ſatis illa verba, *Verius eſt: non mihi adquiſitam eſſe illam portionem.* Sed & noua ratione nititur quam Vlpianus non attendit, mutatione videlicet conditionis ſeruilis, per quā hereditatis capax factus eſt, ceſſante videlicet iuris ciuilis rigore. Denique ſentētia Pauli humanior benigniorq; eſt, neq; offendit regulam de teſtato pro parte, quam ſolam Vlp. præ oculis habuit, dum tam enixè ſubſtitutionem appēdicem inſtitutionis fecit. Ex recentiorum porro finitionibus vna videtur præualere, qua magnus vir ſtatuit *Subſtitutionem eſſe dationem hereditatis delatæ vel adquiſitæ.* Quam ideo nō ſequimur, quia etiam ante delatā hereditatem locus eſſe poteſt ſubſtitutioni, puta, ſi poſt teſtamentum & ante mortem teſtatoris

deceſſerit

decesserit institutus. Nam nondum est delata hereditas,l.vn.§. cum igitur.C.de cad.toll.& tamẽ substitutus succedet mortuo testatore, arg.l.cum ex filio.in fi.39. de vulg.ibi *Substitutum quoque* : & in secũdo gradu dicitur versari hereditas,l.non putauit. §. à primo. D.de bon. poss.contra tab.l.libertinus. 5. D. de bon.libert. l.Thais.41.§. Splendophorus. D.de.fid.liber. Idq; euidentius est ex eo,quòd quæ ita deficiebant, olim in causa caduci erant,& non secus ac caduca in fiscum deuoluebantur,§.& cum in triplici.& §.in secundo. & ibi Accurs.l.vn.C.de cad.toll.Atqui caducorum gratia maximè substitutiones receptæ, & vsitatæ,d. l.vn.in prin. Præterea conditio *Si heres non erit*, non tantum *Si noluerit*,sed etiam *Si non potuerit*,casum continet,vt diximus supra. Atqui eum heredem esse non posse qui ante testatorem mortuus est,manifestum est. Postremò, nepos postumus,qui instituitur secundũ Galli consilium, *Si uiuo testatore,mortuo filio nascetur*,substitutus est,vt not. Accurs.in l. Gallus.in pr. de lib.& post. quem sequuntur omnes alij. Cùm tamen hereditas nunquam filio delata fuerit.Quinimo si superuixisset filius testatori, postumi institutio inanis esset, l. 1.§. sciendum.D.de suis & legit. Ideo verò postumus Galli dici potest substitutus,quia secundo gradu scriptus,l.cum in testamento. 32. de heredib.institu. Et quemadmodum heres institutus dicitur, etiam si nunquam ei delata sit hereditas, sic & substitutus.Non nego tamẽ,quin propriè & magis verè sit substitutus,delata hereditate heredi aut eidem substituto Nam & ei etiam defertur,l.quamdiu.69. de adquir.hered.Et hoc casu sic definire possumus,

Substitutio, est iterata hereditatis delatio, exclusa priore.

De diuisione substitutionum.
CAP. V.

SOLENT hodie substitutiones initio tit. de vulg. ita anxiè diuidi, vt in immensum protendãtur earum rami & sectiones. Hoc est autem rem non diuidere, sed frangere, vt ait Cic. 2. de finibus. cùm tamen certus esse debeat diuisionis modus ex præcepto Fabij lib. 4. cap. vlt. *Vitanda est enim maximè concisa nimium, & veluti articulosa partitio. Quia auctoritati plurimùm detrahunt minuta illa non membra, sed frusta.* Attamen certum est, non posse nos paucissimis membris tam amplam syluam partiri. Sed modus adhibebitur à Fabio pręscriptus. Interpretes nostri substitutiones in directas, ac fideicõmissarias, diuidunt, & directarum tria genera quæ erant, faciunt quinque, dum substitutionem secant in vulgarem, pupillarem, exemplarem, compendiosam & reciprocam. Nam compendiosæ & reciprocæ adiectiones superfluæ sunt, cùm eædem aut vulgares aut pupillares sint, vt suis locis videbimus. Denique si à formulis essent substitutiones distinguẽdæ, infinitæ earum species posset referri, quia variè in iure nostro concipiuntur. Sed à casibus & inhęrentibus conditionibus potiùs erat ducenda partitio, nempe quibus quis heres aut non est, aut si est, in pupillari ætate, vel furore, decedit. Deniq; Imp. rectè admonuit, quamuis furti actiones olim variæ essent, non ideo tamen furtorum genera tam varia esse constituenda, §. Furtorũ. Instit. de furt. Ego verò ita substitutionum diuisiones instituam, vt quantum fieri

possit

posſit, nulla omittatur, quæ proprio & ſingulari iure à ceteris diſtincta ſit. Nam quæ formula tantùm differunt, ſi iure conueniant, pro generibus ſubſtitutionum minimè habebo. Quia autem eæ demum ſubſtitutiones appellandę ſunt, quæ definitioni tanquam canoni cuidã, & regulæ, aptari poſſunt, priùs de iis ſermonem inſtituam. Subſtitutiones aut paganicæ, aut militares ſunt: non ſecus ac teſtamenta militaria à paganicis, iure noſtro diſtinguuntur. l. 2. D. de milit. teſtam. Paganicæ aut iure cõmuni, aut iure ſingulari cenſentur, id eſt, aut omnibus conueniunt, aut certis tantùm perſonis circũſcriptæ ſunt, & tanquam priuilegia iis inſunt. Iure communi cẽſetur vulgaris ſubſtitutio, quia & omnibus, & ab omnibus fit. Iure ſingulari duæ æſtimandæ ſunt. Pupillaris, quæ pupillis in poteſtate tantùm fit: Itẽ vtilis pupillaris, ad exemplum illius introducta, l. humanitatis. C. de impub. quam ideo interpretes exẽplarem, Duarenus lib. 1. anniuerſ. c. 7. quaſi pupillarem vocat; quæ furioſis & mente captis, tantùm à patre fieri poteſt, de quâ pluribus ſuo loco ſumus dicturi. At militares ſubſtitutiones in triplici ſunt differentia. Nam aut pupillo vltra pubertatem directò ſubſtituit miles, l. cẽturio. de vulg. aut eo prꝑterito, l. miles. §. ſi miles. D. de milit. teſtam. idemq; in omnibus his ſpeciebus iure militari teſtabitur, id eſt, non ſeruatis ſolemnitatibus & regulis iuris, argu. l. in fraudem. §. miles. verſ. tam ſibi quàm filio iure militari. D. de milit. teſtam. aut ſubſtituit heredi ad diem, aut ex die inſtituto, l. quęrebatur. §. vlt. D. de milit. teſtam. quæ omnia paganis non licent, l. mòribus. de vulg. §. heres & pure. Inſt. de hered. inſt.

Posset & alia differentia dari, cùm videlicet duobus testamentis relictis decedit, quod potest, & in vnoquoque diuersos eidem parti hereditatis substituit. Nam ex concursu partes facient, vt iuris ratio docet. Ex his substitutionibus militaribus illæ sunt propriæ, quas præcessit institutio, sunt & improprię vt illa quę filio prętérito nec instituto substituit. Altera diuisio substitutionum, sed crassior & inelegãtior, veruntamen docendi causa vsurpanda, statuetur à nobis post alios, vt substitutionum aliæ directæ sint, aliæ precariæ seu fideicommissariæ. Quia & fideicommissum κατὰ χρηστικῶς substitutio dicitur, etiam à Iureconsultis, l. cum pater. 77. §. volo, & §. pen. de leg. 2. l. heredes mei. 57. §. 1. ad S.C. Trebell. l. Titia. §. Seia. de leg. 2. Ideoque verbis precariis substitutio facta dicitur, l. eam quam. C. de fid. & substitutio precaria, l. 16. C. de pact. distinguitur tamen substitutus ab eo, cui restituitur hereditas, l. tutores. §. heres institutus. D. de admin. tutor. Directæ substitutiones directis verbis fiunt, siue paganicæ sint, siue militares. Precariæ verò verbis precariis & inflexis.

Directæ & precariæ substitutiones quomodo differant. CAP. VI.

CIRCA fideicommissariam substitutionem triplex occurrit inspectio, quomodo à cæteris distinguatur, an sit species substitutionis, an vnius tantùm sit generis, an verò plures species habeat. Quibus subiungetur directorum ac precariorum verborum tractatus. Differt autem à directa & in forma (verbis enim precariis fit) & in effectu. Quia modo

modo directis vtilior,modo inutilior. Vtilior eſt propter commodum quartæ S.C. inductæ, quæ in directis non venit. Inſtit. de fideicom.hered. Et quamuis hæc vtilitas inſtitutum adficiat, non fideicommiſſarium, nihilominus vtilior fideicommiſſario talis ſubſtitutio. Quia legata omnia relicta ab inſtituto, non repetuntur à fideicommiſſario, vt eſt cõſtitutum in ſubſtituto l. licet. D. de leg.1. Pro rata enim quadrantis ſui tenetur heres ad eorum pręſtationem.§.ſed quia ſtipulationes. Inſt. de fid. hered. Ideoq; ſæpius dicitur intereſſe ex reſtitutione quàm ex ſubſtitutione hereditatem habere,l. recuſare. 6. §. Titius.D. ad S.C. Trebell. At verò ex aduerſo,in multis vtiliores directæ ſubſtitutiones precariis. Primùm,quia legatũ relictum ſub conditione dandi heredi,etiam reſtituta hereditate manet apud heredem, eique dandum eſt non autem fideicommiſſaria,quantumuis ad onus legati teneatur,l.qui heredi 43.§. cum hereditas.D. de cond.& dem. Idque ſiue ſponte adeat heres, quo caſu quartam retinet,ſiue coactus, quo caſu nullum cõmodum ex teſtamento conſequitur,l.ita tamen.§.qui ſuſpectam. D. ad S.C. Trebel. Neque aduerſatur,l.is qui.§.vlt.D.de legat. præſt.contra tab. bon.poſſ.pet. In qua nõ heredi, ſed bonorum poſſeſſori contra tab. qui etiam vice heredis eſt, dandum eſt quod ſub cõditione: *Si heredi dederit* relictum fuit. Nam reſpõdeo, magnam eſſe differentiam inter heredem fideicommiſſo oneratum, & heredem contra quem bonorum poſſeſsio petita eſt. Ille ex iudicio defuncti capit ſub conditione dandi relictum. Quod quidem iudicium non violatur,aut minuitur, per reſtitutionem fideicommiſsi. Neque enim propterea deſinit heres eſſe.

At secus est in bonorũ possessore contra tabulas, quia cõtra testamentũ tẽdit, & iudiciũ defuncti reddit inane. Idq; nomen ipsum bonorũ possessionis ostendit, quę dicitur cõtra testamentũ cõpetere, l. illud. in prin. D. de bon. poss. cõtra tab. Itaq; desinit scriptus heres esse, contra quẽ eiusmodi bonorũ possessio datur, cũ per eã rescindatur testamẽtũ, in quo heres fuerat institutus, l. 1. D. de leg. præst. contra tab. bo. poss. pet. Non potest igitur ab ipso testamẽto, & iudicio defũcti, heres subsidiũ aliquod petere, cũ Prætoris auxilio cõuellatur. Non obstat ratio d. l. is qui. §. vlt. qua dicitur, absurdum esse heredem institutum commoda hereditatis habere; contratabulantem verò in præstando legato onera sustinere. Quæ etsi videatur heredi grauato conuenire, tamen longè aliud voluit Paulus, nempe absurdum esse eum vt heredem cõmoda habere, qui iure heredis destitutus, neque onera hereditaria sufferat, sed alij delegentur. Bonorum enim possessor per omnia loco heredis est, l. 3. D. de bon. poss. At verò in quibusdam tantùm, fideicommissarius loco heredis est, vt not. Accur. in l. quia perinde. D. ad Treb. Aequũ est igitur, vt quomodo in omnib. oneribꝰ vice heredis est bonorũ possessor, sic & in cõmodo idem sit dicendũ, vt merito à fideicommissario diuersum ius in eo statuatur; qui legata solida non præstet, sed pro rata sui dodrantis, §. sed quia stipulationes. inst. de fideic. hered. sed hęc solutio tali poterit replicatione elidi. Datũ cõditionis implendæ causæ soluendum est heredi, non fideicommissario, etiamsi quartam non retineat, puta si coactus adeat hereditatem, d. l. qui heredi. §. cũ hereditas. Ergo cùm eo casu ne quidem pro rata teneatur, non debet commodo aliquo

aliquo frui. Cui tamen respõdemus, summo quidem iuri esse consentaneum, sed ex benignitate & humanitate aliud esse : ad quã confugit Paulus in d. §. cum hereditas. ibi *& benignius est, & in hoc casu ei nihil auferri.* Cuius rei ratio est, quia ex iudicio id adhuc habere videtur, ꝙ nõ infirmatur S.C. aut alio iure. Quinimo, vt dixi, qualitatẽ heredis adhuc retinet. Cùm aliud sit in bonorũ possessione cõtra tab. qua iudiciũ defũcti cõuellitur & rescinditur, d. l. 1. D. de leg. præst. &c. Ex quibus omnibus verè quis possit adfirmare per bon. poss. cõtra tab. desinere quẽ esse heredẽ, addendamq; ex hac specie exceptionẽ, l. ei qui soluẽdo. D. de here. inst. Est & alia inter substitutum & fideicommissariũ differentia. Quia substitutus est heres, l. 1. D. de vulg. fideicom. loco heredis. Itaque iura sepulchrorum penes heredem remanent. l. his consequenter. §. idem quæritur. D. fam. ercisc. Non sequũtur autem fideicõmissarium d. l. quia perinde: Sicut nec ius patronatus, vt communi calculo receptum est, ibidem. Substitutus suo, non tertij ministerio, heres fit. Fideicommissarius heredis restituentis opera eget. Ideoque substitutio ipso iure valet, fideicommissum non item, d. l. quærebatur. D. de mil. test. vbi, *ipso iure, & per fideicommissum,* opponũtur. Itẽ substitutio directa, sicut & institutionũquam in codicillis fieri potest, §. vlt. Inst. de fid. At fideic. sic, quia & ab intestato relinqui potest. Præterea substitutio directa in precariã mutari potest. l. Scæuola. D. ad Treb. l. precibus, C. de impub. At fideicõmissio nũquã directa fit, nisi in militari testamẽto, Quod si particulatim substitutionem excutiamus, inueniemus singulas à fideico. differre. Nam vulgaris, fideicommissariæ restitutioni aduersatur. Quia hæc

hæc non poteſt fieri, niſi adita ſit hereditas, id eſt, niſi ſit heres qui reſtituat. Illa contrà, adita hereditate expirat, l. poſt aditam. C. de impub. Ergo fideicommiſſum in caſum vulgaris ſubſtitutionis relinqui nõ poteſt. Quamquam exiſtimarem, ſi coheres datus, aut clauſula codicillaris teſtamento adiecta ſit, videri rogatum heredem ab inteſtato, vt reſtituat ſuſtituto. l. ex ea. & ibi not. D. de teſtã. Item per pupillarem ſuccceditur non ſolùm teſtatori: ſed etiam pupillo. Quia pupillũ pater facit heredem. Inſt. de pup. ſubſtit. At fideicommiſſaria ſi fiat pupillo, id eſt, ſi pupillus rogetur hereditatem reſtituere, in ea tantùm venient bona patris non pupilli, l. coheredi. §. cùm filiæ. D. de vulg. Et eſt alia, inter has notabilis differentia. Quia pater filio adoptiuo impuberi non poteſt directò ſubſtituere, niſi in quarta quam ex bonis eius conſequitur adrogatus, l. ſed ſi plures. §. in adrogato. D. de vulg. At fideicommittere ne quidem in ea poteſt, quia principali beneficio & conſtitutione D. Pij, non iudicio teſtatoris, eam conſequitur l. ſi adrogator. D. de adopt. l. Papinianus. §. ſi impubes. D. de inoff. teſtam.

De diuiſionibus, & aliis quibuſdam iuribus fideicommiſſorum, maximè tacitorum.

CAP. VII.

FIDEICOMMISSORVM autem nõ vnum genus eſt, vt quidam falſo exiſtimãt. Nam ſi vulgarem caſum excipias, tot ſunt genera quot & ſubſtitutionum, ſiue paganicas, ſiue militares reſpiciamus. Quarum exempla ſunt in iure noſtro non pauca toto tit. ad Treb. (Quamuis vulgariter etiam

poſsit

poſsit fideicommiſſum ab inteſtato relinqui,vt dixi, puta,*heres eſto,& ſi heres non erit,hereditatem Titio reſtitui uolo*. Sic quomodo ius tam publicũ quam priuatum ex preceptis naturalibus,gentium,aut ciuilibus collectum eſt,l.1. D.de iuſt. & iure.Item quomodo conuentionum tam publicarum quàm priuatarum diuiſio in legitimas, & iuriſgentium fieri poteſt,l.5. D.de pact. Ita etiam ſubſtitutionum non ſolùm directarum,ſed etiam precariarum,aliæ erunt paganicæ,aliæ militares.Falſò igitur Accurſius in rub.huius tit.duplicem tantùm facit,neque tamen ſpecies illas geminas exprimit,cùm plura eſſe genera cõſtet tam paganicarum, quàm militarium. Niſi dicamus hæc duo ſumma genera ſubſtitutionum directarum Accurſium cogitaſſe, quod vix mihi perſuaderi poteſt. Sunt qui Accurſij verbis illam diuiſionem aptent,vt fideicommiſſa alia ſint de tota hereditate, alia verò de parte,arg.§.vlt.Inſtit.de fid. hered.cuius auctoritate nititur Accurſius. Sed inconcinna eſſet partitio, cùm ex ea nulla ſubſtantiæ fideicommiſsi diuiſio ſequatur. Quia ſemper fideicommiſſa de hereditate fiunt,etſi nõ de tota ſed quota hereditatis portione. Neque minus fideicommiſſum vniuerſale in ea dicetur,argumento petitionis hereditatis,quæ pro parte hereditatis etiam concipi ſolet,tit.ſi pars hered. pet. Denique is qui reſtituere rogatus eſt,adire hereditatem cogitur, ſiue tota,ſiue quota hereditatis pars reſtitutioni ſubiecta ſit,l.qui totam.D.ad Treb. Sequitur alia diuiſio,vt fideicommiſſa aut ſint expreſſa,aut tacita, quæ tamen à tacitis ſubſtitutionibus multum differunt. Quia illæ iuris interpretationem, & fauorem habent,l.iam hoc iure.D.de vulg. Hæc contra

leges

leges fiunt,& pœnam merentur, nec interpretatione iuuantur,arg.l.qui teſtamentum.in fin de probat.De his videamus quæ ſint, vnde origo, & quàm variæ fuerint,quomodo fierent,& quæ illorum pœna legitima. Eſt igitur tacitum fideicommiſſum,cùm quid teſtator de bonis ſuis ei qui ſiue extra teſtamentum, ſiue in teſtamento capere poteſt,extra teſtamentum aut codicillos clam committit, aut quolibet modo tacitè,relinquit,vt nō capiēti reſtituat.Oportet enim de bonis ſit teſtatoris,quod relinquitur.Nam ſi quis de ſuo tacitè rogatus reſtituat, pœnam non patitur, quia nihil contra leges faciat,l.ita fidei.in fin. D.de iure fiſ. Poſſe autem capere exigimus eum, qui miniſter eſt huius clancularii fideicommiſsi, id eſt, qui ſecretum ſuſcipit, vt loquitur Papinianus l. 3.D. de probat. Alioqui fidem ſuam impune interponeret, vt id reſtitueret quod capere non poſſet. Nam ex perſona fideicommiſſarij non poteſt eripi, quod ex reſtituentis perſona iam eſt ablatum. At cùm fideicommiſſarium ſtatuimus in definitione, capere non poſſe,intelligamus oportet mortis tempore, non teſtamenti. Nam ſi ante capere potuit, licet exinde ſit incapax factus,nulla fraus legi facta videtur,l.3.§.1. D. de iure fiſ. Ideoque relictum apud heredem manebit,niſi in futurum caſum incapacitatis fidem adcommodauit, l.in fraudem.§.1.D.de his quæ vt ind. aufer. Quod verò adiecimus, *extra teſtamentum aut codicillos*,rationem habet. Nam qui in teſtamento & codicillis relinquit, palam reliquiſſe videtur.d. l. 3. in princ. Poteſt quidem & in teſtamentis aut codicillis obiter recteq; fieri mentio relicti,vt cum dicit teſtator:*Rogo ut in iis quæ à uobis petij fidē præſtetis, &c.*

Poteſt

Poteſt & in teſtamentis fraus ipſa conſarcinari, arg. l. qui teſtamentum. in fi. de prob. Subieci præterea, *uel quolibet modo, &c.* Vt omnes rationes fraudandi legem comprehenderem, quod tam in teſtamentis, quàm extra, fieri poteſt. Ad poſtremum adieci, *ut non capienti reſtituat.* Nam ſi capere poſsit, nihil nocet clam aut tacitè relictum fuiſſe, l. 1. C. de delat. lib. 10. Origo autem tacitorum fideicommiſſorum eſt, à legibus aliquid prohibentibus donari, vel relinqui. Cuiuſmodi eſt lex Cincia, quæ certum modum donationibus præſcribebat. Item Voconia, quæ mulieribus hereditatem relinqui vetabat. Nam quod per leges facere non poterunt, occultis artibus exequebãtur. Cic. 2. de finib. *Quàm multa iniuſtè fieri poſſunt, quæ nemo poßit reprehendere? Si te amicus tuus rogauerit, ut reſtituas hereditatem filiæ, nec uſquam id ſcripſerit, &c.* Hieron. in lib. de vita cleric. *Per fideicommiſſa legibus illudimus.* Hinc factum eſt, vt fideicommiſsi appellatio eleganter, & prouerbij ſpecie, pro circuitu, & indirecta via capiatur, Arnob. li. 6. aduerſus idolorum & ſimulachrorum cultores: *per tramites ergo quoſdam & per quædam fideicommiſſa, ut dicitur, ueſtras ſumunt atque accipiunt cultiones.*

Fideicommiſſa autem tacita, aut in fraudem legũ fiunt, aut non. Illa pœnam merentur, hæc non item, d. l. 1. C. de delat. lib. 10. Item fideicommiſſa tacita, vel in fraudem legum caducariarum fiunt, & hæc fiſcus occupat, vt ſtatim dicemus; aut aliarum legum, & pro nullis habentur, mutilaque ſunt, quia leges ea reſcindunt. Porro fiebant tacita fideicommiſſa, duobus ferè modis. Vel enim domeſtica cautione fiebant, vel chirographo, l. in fraudem. 103. de leg. 1. l.

3. in princ. de iure fisc. l. in fraudem. de his quæ vt indig. aufer. Possunt & alio tamen modo fieri, vt in specie d. l. qui testamentum. D. de probat. Distinguitur autem locis supra allegatis domestica cautio à chirographo, id est, scriptura priuata à publica. Priuata scriptura erat, cùm dicebatur in ea, sumptam fuisse pecuniam de domo & ex arca, inde serui arcarii, l. Thais. 41. §. vlt. D. de fid. lib. cuiusmodi est cautio in auditorio Papiniani lecta, l. lecta. D. de reb. cred. quæ appellatur nuda pollicitatio & repromissio d. l. in fraudem. D. de his quæ vt indig. aufer. Publica verò erat, cum chirographo debitoris, itemq; argentarii, in foro & apud mensam fiebat. Hoc modo nominum obligatio fieri & contrahi dicebatur, illo non item. In hac scriptura, non erat necessaria stipulatio, l. vlt. D. de instit. In illa scriptura solebat apponi d. l. lecta. in princ. Denique, chirographum de nomine, & mensæ obligatione video dici, l. qui tabulas. 27. §. vlt. D. de furt. Quamuis chirographi legatum à legato nominis distingui videatur in l. seruum filij. 44. §. eum qui. de leg. 1. Quia chirographum est ipsa scriptura, nomẽ est ipsa obligatio, vt ibi traditur. Ergo chirographum facti est & corporis, nomen iuris, sed ex illa l. colligitur ex chirographo nomen nasci, ex nomine debitum, & actionem ad persequendum. Itaque & ex arca nomina fiebant, d. l. Thais. 41. §. vlt. de fid. lib. Et mensæ ratio separatur à chirographo apud Gellium lib. 14. cap. 2. id est, nuda mensæ scriptura à chirographo. Sed nominum obligatio & mensæ scriptura in vsu esse desiit tit. de lit. oblig. apud Iustin. Hodie domestica cautio adhuc in vsu est. Sed in locum nominũ obli-
gationis

gationis succeſsit ea, quæ fit apud notarium publicum. Et verò, vt chirographi interuentu fiebat tacitum fideicommiſſum, ita & reuincebatur, eo nempè producto, d.l.3.§.1.in fi.de iure fiſ. Adſcribā inſignem locum Fabij lib. 9. cap.2. in hanc rem. *Ream tuebar quæ ſubieciſſe marito dicebatur teſtamentum & dicebantur chirographum marito expirante heredes dediſſe: & uerum erat: Nam quia per leges inſtitui uxor non poterat heres, id fuerat actum, ut ad eam bona per hoc tacitum fideicommiſſum peruenirẽt. Et caput quidem queri facile erat, ſi hoc diceremus palam, ſed per ſe deperibat hereditas. Ita ergo fuit nobis agẽdum: ut iudices illud intelligerẽt factũ, delatores non poſſent adprehendere ut dictum, & contigit utrumque.* Sequuntur pœnæ & præmia quibus tacità fideicommiſſa leges proſequuntur. Vt enim pœnis adficiunt fidem in fraudem earum adcõmodantes, quia æquum non fuiſſet eos ſine pœna relinqui, cùm etiam prædonis loco habeantur, l.prædonis loco.46. de petit. hered. ita & eorum delatores præmĩis mũnerãtur ac inuitãtur. Pœnæ autem duorum sũt generum, vel caducitatis, vel nullitatis. Ratione caduci aufertur heredi ſecretum ſuſcipienti omne emolumentum, ſiue fructus ſint quandocumque percepti, ſiue vſuræ, l.eum qui.in prin.D.de his quę vt indig. l.quidã cũ.§.in tacito.D.de vſur.vbi reſcripto D.Pij nititur Paulus, cuius auctoritate reſpõderat alias Papinianus vſuras deberi, d.l.eum qui. Sed poſtea ſucceſsit Seueri decretum qui citra diſtinctionem temporis fructus tantùm, non etiam vſuras deberi, benignè decreuit d.l. eum qui. Ratio verò huius odii eſt, quia prædonis loco & malæfidei poſſeſſoris, habetur heres tacitam fidem adcommodans d. l. prædonis.

Inter cętera verò incommoda, & pœnas, constituenda est priuatio beneficij quartæ Falcidiæ, quam fraudatori fiscus aufert, l. beneficio. D. ad l. Falcidiam. Quod intelligendum, vt in ea parte, qua fraudem adhibuit, Falcidia non vtatur, l. heres D. de his quæ vt indig. In eo prætereą punitur, vt nec iure adcrescendi gaudeat, l. si totam. D. de adq. hered. nec confusæ actiones per aditionem ei restituantur, d. l. cum qui. §. 1. & l. indigno. D. de his quæ vt indig. His autem pænis subiicitur, qui sua sponte & volontate, nō alterius arbitrio tacitam fidem adcommodat. Nam si patri vel domino obediens id fecerit, non nocebit ei propter parendi necessitatem. Ideoque & beneficio Falcidiæ vtetur, l. in fraudē. §. vlt. D. de his quę vt indig. l. si tacitum. D. ad l. Falcid. Porro hæc omnia quæ heredi auferuntur, & in quibus heres punitur, ad fiscū rectà eunt, eoq; nomine in rem actionē habet, l. Imperator. D. de iure fis. Cętera verò testamēto relicta firma sunt, & ab ipso fisco tanquā successore præstantur, l. 12. D. de fid. lib. l. 3. §. cùm ex causa. D. de iure fisci. Quia & omne æs alienum soluit, l. non possunt. D. eod. Non effecit autem Plancianū S. C. quo demum inductæ sunt hæ pęnæ, vt qui heres erat, titulum & nomen heredis amitteret, aut heres esse desineret l. ex facto. in fin. D. de vulg. Ideoque iura sepulchrorum quæ sequuntur heredem, apud eum manent, l. si quis. 33. de relig. & sumptib. funer. ex exemplo S. C. Trebelliani, quo non tollitur heredi suus titulus, nec monumentorum iura in fideicommissariū transferuntur, vt iam diximus, l. quia perinde. ad S. C. Treb. Nullitatis verò pæna est, qua inutile, & irritum fit tantùm, quod contra leges relictum est,

manetque

maneatq; apud heredem, non autem fisco applicatur, vt exemplum suppeditat Theodosij constitutio, qua prohibet viduis mulieribus religionis defendendæ prætextu ecclesiis relinquere, ne quidem per tacita fideicómissa, l.27.C.Theod.de Ep. & Cler. defertq; sic relicta heredibus ab intestato venientibus. Ante quidem Valentinianus prohibuerat l.20.C.eod:sed caducũ introduxerat, quod vt apparet postea Theod. mutauit. Ad Valentiniani autem hanc constitutioné respexerat D.Hieron.de vita clericor:*non de lege conquercr, sed doleo quòd meruimus hanc legem. Prouida seueraque legis sanctio, & tamen ne sic quidem refrænatur auaritia. Per fideicommissa legibus illudimus*. Meminit & D. Ambr. in responsoria Symmachi oratione. Præmia autem, quibus ad detegẽda hæc tacita fideicommissa homines inuitabantur, varia erant. Nam si fideicommissarius seipsum detulisset, edicto D. Traiani semissem relicti consequebatur, l.edicto. in pr.D. de iure fis. Si verò heres ipse aliusue fuisset (nihil enim singulare in herede fuisse animaduerto) tertiam bonorum partem cósequebatur ex legis necessitudine, l.vn.C.de his qui se defer.lib. 10. quæ vulgare præmium dicitur.d.l.edicto.§.1.Tertiã hanc initio principatus Nero ad quartam redegerat. Sueton. in Nerone. Sed postea mutatus, & ciuium facultatibus inhians, ac delatoribus fauens, reduxit legis præmium, id est, tertiam delationis & mutationis fiscalis nomine arg.d.l. 1. C.de his qui se def. Videamus, an propriè substitutionis nomine censeatur fideicommissũ. In qua quæstione mirum, quantum æstuent interpretes, aliis cẽsentibus non esse propriè substitutionem, aliis contrà. Decius auctores refert in rubr. C. de

impub. Neq; ſine fruge quęſtio excutitur, vel propter libellum, in quo quis ſe dicit ſubſtitutum & heredē, cùm ſit tantùm fideicommiſſarius, vel propter leges municipales, quæ cùm ſtrictam recipiant interpretationem, ſi de ſubſtitutione loquantur, an etiam fideicommiſſa comprehendant, vtilis eſt inſpectio. Mea hæc ſententia eſt, ſubſtitutum & ſecundum heredem propriè intelligi, qui à teſtatore datus eſt in locum deficientis, id eſt, qui eſt iteratò inſtitutus, vt definitio oſtendit, non autem qui à S.C. factus eſt heres, vt fideicommiſſarius. Nam quamuis dicatur eſſe loco heredis, fit tamen adiuncta improprietatis nota. Dicitur enim quodammodo heres eſſe, non ſimpliciter, l. ſi filiusfam. §. 1. D. quod cum eo. l. poſtulante. §. 1. D. ad. S. C. Trebell. Quin potius dicitur gerere ſimilitudinem heredis. No. de hered. & Falc. §. inordinatum. Ergo idem cū herede nō cenſebitur. Quia idem & ſimile diuerſa ſunt, l. quod Nerua. D. de poſ. Et quod loco alterius eſt, nō eſt illud ipſum, l. mercis. D. de verb. ſig. Eſſe autem inter ſubſtitutos, & fideicommiſſarios, differentias inſignes oſtendimus ſuprà vt meritò diſcreuerit Iuſtinianus, ſeu compoſitores vtroſq; tit. tam in libris D. quàm Iuſt. & C. At verò cùm poſt S.C. Treb. fideicommiſſarius heredis loco habeatur, cur in legibus municipalibus eā interpretationem non admittemus? Cùm præſertim exinde tam in diſpoſitione legis, quàm hominis, ea interpretatio admiſſa ſit. Nam in S.C. heredis appellatio ad fideicommiſſariū producitur. l. Item veniunt. §. licet. D. de pet. hered. Itemque in pactis & cōuentionibus. l. ſicut. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hypot. ſol. Vnde hodie putarem eſſe communem heredis appellationem

tam

tam inſtitutis, ſubſtitutis, quam fideicommiſſariis. Neque nouum eſt, verborũ iuris ſignificationes conſtringi, aut ampliari, arg. l. verbis. & toto tit. de verb. ſig. Quod verum exiſtimamus, dummodo ſtatuti vel legis municipalis mẽs ea fuerit, vt nullum ius diuerſum inter heredem & fideicommiſſarium ſtatueret, argu. l. 3. §. 1. D. de iniuſto rupt. & irrito fac. teſtam. Alioquin ab herede fideicommiſſarium diſtinguemus, quemadmodum & à ſubſtituto.

De verbis directis & precariis.
CAP. VIII.

CVM forma ſubſtitutionum & fideicommiſſorũ à verbis pendeat, & ex horum differentia maximè diſcernatur, de iis non inutiliter hic quęremus. De vtriſque ergo videamus, quibus appellationibus diſtinguantur, & quàm variè iis vtãtur Iureconſulti. Fideicommiſſa cùm ſint à iure naturali, quia pudore continentur initio tit. de fideic. hered. apud Iuſtin. antequam eſſent ad iuris ciuilis neceſsitatẽ redacta, ſolo nitebantur æquitatis vinculo, ideoque ſubtilitates iuris non admittebant: quinimo verbis quibuſcunque fieri ſolebant, cum & nutu relinqui poſſent, l. nutu. D. de leg. 3. quemadmodum & nutu adimi, l. ſi iure. D. eod. Poſtea tamen aucto eorum vſu, à Iureconſultis verba quędam, ſed ſcrupuloſitate ſemota, ſunt electa, quibus fideicommiſſum vtiliter relinqui poſſet. Non tamen neceſsitas impoſita, quin & aliis verbis teſtatores, aliiſque voluntatem ſuam in fideicommiſsis relinquendis exprimere poſſent. Quin & ſine verbis, ſi de voluntate ſolo nutu conſtáret, fideicommiſſum valeret, d. l. nutu. Nam & nutus ad fidẽ

faciendam sufficiens est. Cic. ad Atticum. 7. *Quid opus est de Dyonisio tam ualde adfirmare, an mihi nutus tuus non faceret fidem?* Quinimo & voluntatis argumentum esse exinde patet, quia conditio, *Si uolueris*, à nutu pendet, l. fideicommissa. in pr. de fid. libert. Et ideo non probandus Hotomanus, qui semper verba exigit in fideicõmissis. Sed tamen vt non omne verbũ, sic nec omnis nutus, gestus, factumve defuncti fideicommissum producit, nisi animum habeat manifestò fideicõmissum relinquendi. Itaque clauibus & anulo traditis à patre filiæ natu maiori, pluribus filiis heredibus institutis, ex eo tamen nihil præcipuum in hereditate patris consequi respondit Papinianus, l. cũ pater. §. pater pluribus. de leg. 2. Porro verba, de quibus suprà, aut precaria dicuntur, aut inflexa, aut fideicommissaria. Theoph. παρακλητικὰ appellat. tit. instit. qui testam. tut. da. poss. quasi dicat suasoria, siue exhortatoria. Interpretes sua lingua obliqua vocant, idque sine exemplo legitimo, sed non sine exemplo auctorum. Verba enim precaria obliqua dicit Ammian. Marcel. lib. 15. *Syluano rogante uerbis obliquis, oranteque amicos agentes intra palatium.* Et rectum obliquo opponit Lucret. lib. 2. *Recta aut obliqua percussus luce refulget.* Precariis verbis opponuntur imperatiua, inflexis directa. Hæc etiam ciuilia dicuntur, l. verbis ciuilibus. D. de vulg. Imperatiua sunt non tam quæ modo imperatiuo fiunt, quàm quæ vi & potestate imperant, vt illa, *Do, lego.* Aliter ergo Iureconsultis, aliter Grammaticis imperatiua verba sonant. Directa dicuntur, quia rectà, & sine medio, quod à testatatore relinquitur, ad heredem aut legatarium it. Vnde directa libertas dari dicitur à Iustiniano, cùm non ab

alio

alio seruum manumitti rogat testator, sed velut ex suo testamento libertatem ei vult competere, §.directa.Inst.de sing.reb.per fid.rel. Ciuilia verò ideo dicuntur,non tãtùm quia ciuium Romanorum lingua, id est,latina fieri possunt,sed etiam quia ciuilium legum modo iis aliquid relinquitur. Vnde extat illa legati definitio apud Vlp.tit.de legat. *Legatum est quod legis modo,hoc est,imperatiuè testamento relinquitur.* Hæc autem verba precaria in vsu maximè haberi ait Imp. §.vlt.tit.Instit.de sing.reb.per fid. rel. *Peto, rogo, uolo, mando, fidei tuæ committo.* Verbum igitur, *peto* precariũ est. Donat. in Terent. *Petimus precariò, poscimus imperiosè, postulamus iure.* Sic initio tit.de cod.apud Iustin. Lucius Lentulus,ex cuius persona fideicommissa esse cœperunt petiit ab Augusto per fideicommissum. *Mando* etiam verbum precarium est. Nam & olim fideicommissa mandata appellabantur.His sunt & alia adiicienda, *Certus sum*, l.alumnæ.circa fi.pr.de adim. leg.*Contentus esto*,l.cum quis decedens.37.§.nuptura. in fi.de leg.3. *Sufficiunt tibi uineæ meæ,&c.* l. fideicommissa.§.si quis ita.D.eod. *Cupiò, opto, credo, exigo, desydero, sciò.* l. etiam.l.eo modo.de leg.1. Hæc tria cumulanda, *deprecor, iniungo, impero.* Sic enim veteres nonnulli codices,non vt vulgò *impetrò*,quod probat Alc.lib.7.parerg.cap.13.Est enim imperandi verbum medium quodammodo,vel directum,vel precarium scilicet.Imperare enim esse rogare & petere,imperãtium,id est,precariũ & rogitantium appellatio ostẽdit in l.medicus.D.de oper.liber.Sunt qui verbum, *iubeo*, in ordinem precariorum annumerãt,in eoque Alciatũ reprehendunt,quòd directum putauerit.Rationes vtriusque partis, quia nullas aut paucas pro-

dicunt, multas referam. Directum esse probant primum legis Falcidiæ verba, in quibus hæc duo, *iussus, damnatus*, iunguntur, tãquam directa, l. 1. in pr. D. ad l. Falcid. Præterea is cui sic est testamento relicta libertas, *Pamphilũ quem liberum esse iubeo*, dicitur manumissus ex testamento, l. Lucius. §. quisquis. 1. de leg. 2. Ergo ex eo directam libertatem cõsequutus, arg. §. pen. Instit. de sing. reb. per fid. rel. Denique ipse Vlp. sic heredem institui posse ait, *Titium heredem esse iubeo*, tit. quemad. hered. instit. poss. in frag. cui addenda. l. 1. in fi. D. de hered. inst. Iuuat & hãc partẽ, l. Sempronius Attalus. D. de vsu & vsuf. leg. in qua verbum, *iubetur*, ad legatum pertinet, vt *rogatur*, ad fideicommissum. Cuius etiam rei fortissimum argumentum præbet. l. 2. C. com. de leg. in qua Iustinianus verbum, *iubeo*, directum appellat dum exempli causa eo verbo vteretur. Nam particula, *forte*, qua vtitur Imp. non quod quidam putant verecundioris adminiculi gratia ponitur, sed exempli est indicatiua, vt in l. quod si non. D. de pig. act. l. optimam. C. de cont. & commit. stip. l. 3. §. 1. de trit. vino & ol. leg. l. quidquid adstringẽdæ. D. de verb. oblig. Postremò quis nescit, *iubere*, imperij verbum esse, cum dicatur, iubere cauere imperij magis esse, quam iurisdictionis. l. 4. D. de iurisdiom. iud. Et cùm prætor mittit in possessionem, vtitur verbo iubendi. l. si ita fuerit. in fi. D. de manu. testa. Certum est autem, missionem in possessionẽ imperij esse, d. l. 4. Contrariæ parti, quæ iubendi verbum fideicommissis adstruit, fauent plerique iuris loci, in quibus, *iubeo*, fideicom. inducit, l. Titia. 34. §. Lucius. Titius. l. Lucius. §. quisquis. 2. de leg. 2. l. Lucius. §. 1. de leg. 3. l. Aurel. §. vlt. D. de liber. leg. l. Titia. §. Seia.
D. de

D.de auro & arg.leg.l.Sticho.§.Pāphilo.D.de statu '. Secundò adiuuat l.testamento.D.de manum.testam. Vbi cùm ex priuilegio militari directa libertas eo verbo relinqui dicatur, dicendum erit aliud in paganorum testamentis obtinere. Postremò illæ auctorū formulæ, *iubeo saluere, bonum animum habere iubeo*, optatiuæ sunt, ac proinde precariæ. Horat. 2. epist. *Renuis tu quod iubet alter*, id est rogat, Nā sequitur, *Quod petis, id sane est inuisum acidumque duobus*. Pari propemodum ratione de verbo, *relinquo*, disputari posset, cùm Paulus 4. sent.tit.1.diserte neget actionem fideicom.parere. Atqui Sçeuola precarium constituit, l.Lucius.§. filiā.D.ad S.C.Tre.alibi verò eo verbo aliquid efficaciter legari, l.Seiæ.§.tyrānæ.D.de fundo vel instr. leg. Vt autē totam hanc cōtrouersiam tollamus, statuēdum est, aliā vim esse eorū verborū de iure, aliā de facto. Itaq; cùm in fideic. volūtas præcipuè spectanda sit, l.cū auus.D.de cōd.& demōst.l.quisquis. D.de leg. 3.l.generaliter.§.si petitum.D.de fid.liber. euenit aliquando, vt sermonem minime fideic.aptū pro fideicommisso accipiamus, l.vnum ex familia.in fi.de leg.2. Et contra, quamuis verborū figura fideicōmissum arguat, nihilominus ex contraria verborū coniectura fideicommissum non esse, sed consilium interpretabimur, l.cū pater.§.mādo.D.de leg.2. Hæc enim est, quæ verba conditionalia facit, modo non, sed pura, l.si ita fuerit.in fi.D.de manu.test.& modò directa, modo precaria. Nam & ex verbis, quę sine controuersia directa & imperatiua sunt, solet fideicommissum inducere Sçeuola, l.Seiæ.§.1.D.de fund. instr.& instr.leg.l.Lucius.§.Lucius.de leg.2. vbi cōtra omnem verborū proprietatem suadēte ita testa-

toris voluntate illa verba, *do, lego, dato*, quæ directa esse nemo vnquam negauit, fideicommissaria facit. Qua licētia vsus est in verbo, *iubeo*, & *relinquo*, omnes enim fere ij locj, quibus videntur ad fideicommissū deflecti, Scæuolæ sunt, qui perpetuò ex facto respōdet, & secūdum ea quæ ei proposita sunt, magnusq; est artifex inuestigādæ volūtatis defuncti. Mihi igitur dubium nō est, quin Scæuola in locis s.recitatis coniecturis deprehenderit voluntatē defuncti hanc fuisse, vt potius fideicommissum quàm legatū relinqueret. Hodie hæ coniecturæ in discernendis fideicommissis aut legatis non adhibētur, cùm ex Iustiniani constitutione omnia legata fideicommissa, & omnia fideicommissa legata sint, l.2. C.com.de leg. Ante Iustinianum verborum obseruantiam sustulerat Cōstantinus, l.in legatis.C.de legat. Iustinianus verò omni non solùm verborum, sed & naturæ & effectus discrimine sublato, legata fideicōmissis in omnibus & per omnia exæquauit. Quid de verbo, *commendo*, dicemus? Et quemadmodū ex eo nec mādati obligatio, l.si verò.§.cum quidam.D.Mand. nec actio quod iussu potest oriri, l.vlt.C. Quod cum eo. sic etiam nec fideicommissum vtile faciet; maximè post rescriptum D.Pij l.fideicommissa.§.si ita.D. de leg.3.Paul.4.sent.tit. 1. quamuis de fideicommissaria libertate ageretur, l.ex verbo.C.de fid.liber. Eo enim verbo non tam necessitas imposita, quàm arbitrium videtur permissū, l.Thais.§.Lucius.D. de fid.lib. Hodie igitur actionem fideicommissi non pariet verbū, *commendo*, Sed ex eo fideicōmissum nō admisit Scæuola in l.Lucius. §. filiam.D. ad S.C. Trebell. quia repugnabat testatoris volūtas. Nā si cōiecturis assequi

potuisset

potuiſſet hanc fuiſſe defuncti mentẽ,hanc voluntatẽ vt commendando fideicommiſſum relinqueret, non dubito quin eo caſu fideicommiſſum deberi reſpondiſſet. Cùm & eo verbo non inutiliter fuiſſe relictã fideicommiſſariã libertatẽ ex facto reſponderit Modeſtinus,l.Imperator.D.de.fid.liber.Sic ſimilia verba & conſilium,& fideicommiſſum continent,atque ex voluntate modo huc, modo illuc impellũtur,l.generaliter.§.ſi petitum.D.de fi.lib.vt neceſſariò dicendũ ſit,ius & arbitrium verborum dirigendorum aut inflectendorum in voluntate relinquentium fuiſſe poſitum,quam ex eorum verbis,elicere magni Iureconſulti munus eſt. Sunt & alia verba fideicommiſſaria, ſed indubitata,& quæ apertè reſtitutionem notãt,vt sũt illa, *reddatur, reſtituatur,detur*,de quib⁹ interpretes, l.Cẽturio.de vulg.& Bald.in l.fi.C.de ſacroſ.Eccleſ. Non cõtenti tamen hac verborũ diſtinctione tertiũ mẽbrum inuexerũt,nempè communiũ, quorum vis modò directis,modò precariis applicetur, & in eam claſſem multa cõgerunt.Quod ſi cõmunia appellẽt, quæ ex volũtate teſtatoris talia ſunt,id eſt,quæ cogamur interpretari modò vt directa,modò vt precaria, pauca erũt ſic communia.Quia paucis caſibus verba directa poſſunt inflecti,magiſq; directa ſubſtitutionũ,quã inſtitutionum verba,l. Scæuola. D.ad Treb. Cõtra, verba merè precaria ex præſumpta teſtatoris volũtate directa fiũt l.quoniã indignũ.C.de teſtam. quam legem non puto hactenus intellectam:& hinc errorum vberrima ſeges.Ex ea notãt interpretes, ſolemnitatem & diſcrimen verborum ſublatum eſſe in inſtitutione heredum,neque audẽt eã ad ſubſtitutiones porrigere,cũ tamẽ omnẽ teſtati cauſam videatur ſpectare

ſpectare Imperator, vt ex vltimis verbis liquet. Deniq; melius & aptius ſub tit. de here. inſtit. collocata fuiſſet, niſi & in ſubſtitutionibus inanẽ verborũ obſeruãtiam ſuſtuliſſet æquè Imp. ne contra ſuã volũtatem inteſtati decedere cogerentur teſtatores. Fingamus enim à ſubſtitutione vires capere teſtamentũ, quod ſolet deficiẽte inſtitutione, l. ex facto. §. Lucius. in fi. an nõ porrigemus eo caſu d. l. quoniã indignũ. & ſubſtitutionũ verba precaria velut directa interpretabimur? Quod vtiq; dicẽdum eſt. In eo præterea grauiter errãt Bald. & Aret. qꝫ putauerint verba directa & precaria, de quibus in d. l. quoniã indignũ. alia eſſe à verbis ciuilibus, l. verbis ciuilibus. D. de vulg. Caret enim ratione, & auctoritate, talis ſentẽtia. At ſenſus d. l. quoniam indignũ. & eius finali ratione facilè deprehẽditur. Nã cũ olim totũ ius ciuile formulis cõſtaret, quibus qui cadebat, cauſa caderet neceſſe erat, idq; non tã in actionibus, ſed & vltimis voluntatibus, puta heredibus inſtituẽdis, legatis relinquẽdis. Primus Cõſtantinus Imperator eã neceſſitatẽ ſuſtulit, l. 1. C. de iur. form. & imp. act. ſubl. d. l. quoniã indignũ. & l. in legatis. C. de leg. quæ omnes eiuſdẽ Imperatoris, eiuſdẽq; diei cõſtitutiones ſunt. Sed poſtea, cõſtitutionis vnius mẽbra in diuerſos & conueniẽtes diſtributa ſunt titulos. Olim igitur, cũ eſſent hæ formulæ certæ & nuncupatæ heredum inſtituendorũ, *Heres eſto, heres ſit, heredem eſſe iubeo, hereditatis meæ dominus eſto*, nec plures nec pauciores in libris noſtris inueniantur. Vlp. in frag. reg. tit. quemad. heres inſt. l. his verbis. in pr. D. de hered. inſt. adeo, vt Vlpiano auctore pleriq; improbaſſe dicãtur has formulas, *heredẽ inſtituo, heredẽ facio*. Si quis heredẽ aliter nuncu

nuncupasset aut scripsisset, is videbatur non testatus decessisse, quia iniustũ testamentũ fecerat, id est, non iure legitimo. l. 1. D. de rup. & irrito. sed intestatę successioni locus erat, quãuis alioquin de volũtate eius cõstaret, ar. l. pen. §. vlt. D. de leg. 2. Hinc summa cautio veterũ, vt clausulas eas testamẽtis adiicerẽt, quibus tanquã ab intestato & iure codicillorũ, id est per fideicõmissũ, volebãt valere scripta in testamẽtis, si rigor iuris ciuilis obstaret l. ex ea. D. de test. d. l. Scæuola. l. 3. D. de test. mil. Quòd si forte precario verbo vsus fuisset in institutione, cẽsebatur rogatus heres veniẽs ab intestato, vt restitueret hereditatẽ heredi; nõ legitimè & ciuilibus verbis scripto, vt si dixisset, *Titiũ heredẽ meũ esse uolo*, dũmodo clausula codicillaris adiecta fuisset. Nã absq; ea nihil debebatur. l. 1. l. illud. §. 1. D. de iure cod. l. fideicõmissa. §. 1. D. de leg. 3. l. vlt. C. de iure codic. Eam autem inanẽ obseruantiam sustulit Cõstantinus. d. l. quoniã indignũ. & voluit heredẽ scribi posse per verba precaria, ne cogeretur testator decedere intestatus cõtra voluntatẽ, propter scrupulosam verborũ obseruantiã non seruatã. Ex qua ratione cõsequẽs est, etiã in substitutionibus eandẽ obseruantiã negligi posse, si vt dixi, à substitutione vires capiat testamentũ: puta si ita scriptum fuisse proponatur, *Heredẽ instituo Titiũ, & si heres non erit, uolo heredẽ esse Sẽpronium.* Nã Titio recusante, vel adire non valẽte, Sẽpronius directo erit heres secũdus, quãuis scriptus verbo precario, ne decedere intestatus videatur, qui testari voluit. Quę est vera d. l. quoniã indignũ. ratio. Vnde est, vt duo præcipuè ex hac l. notemus. Primũ, hucusq; directorum & precariorũ verborum differentiã sublatã esse, vt nemo cogatur

gatur contra propositum intestatus decedere. Itaque semel adita ex testamento hereditate, eoque casu exclusa vulgari, in substitutionibus adhuc vigebit discrimẽ ciuilium & inflexorum verborum. Nec aliter in iis spernemus veterem distinctionem, quàm si à substitutione incipiat testamentum. Satis est enim hucusque sustineri voluntatem defuncti, vt testatus decedat. Et hæc tantùm fuit mens Constantini Imp. Alterum est, ea verba precaria nunquam dirigi, & in ciuilia trãsire posse, quæ ex ipsa figura & sono merũ fideicommissum designant, qualia sunt *restituatur, reddatur, detur*. Idque etiam sensit Petrus Iacobus vetus pragmaticus in tit. de verbis obliquis. Alia omnia poterunt esse communia, iũxta priorem obseruationẽ & cautionem, secundum quam putarem illa cõmunia verba esse intelligẽda & accipienda, quæ referũtur à Doctorib. in d. l. Cẽturio. & in l. fi. C. de sacros. Eccles. quæ quantumuis per futurum concipiantur, nihilominus directa esse poterunt, ac proinde latæ sententiæ verba, cõtra ea quę notantur in l. iubemus. §. æconomos. C. de sacros. Eccles. Vbi malè receptũ est, verba in futurum concepta ferendę non latæ esse, sentẽtiæ. Differentia porro directorum & pręcariorũ verborum hæc sit, vt è directis sine alterius manu & restitutione hereditas capiatur. Accurs. l. cã quam. verb. directis. C. de fideic. vel recta via, hoc est sine media persona l. si vsusfructus. in pr. D. vsufr. quẽad. cau. At secus est in precariis. l. coheredi. §. cũ filiæ. D. de vul. Ideoq; *ipso iure, & per fideicõmissũ*, opponũtur. l. quærebatur. D. de test. mil. notatur in l. si seruus. C. de fid. lib. Præterea & directis in rem actiones competunt, l. si vnquam. & ibi Accurs. verb. reuertatur. C. de

C. de reuoc. donat. At ex precariis personales tantum dantur, argumento eorum quæ post Accursium notāt interpretes in l.1. in verbo mortis causa donatio.D.de donat.

De substitutionum effectibus in genere. CAP.IX.

SVPEREST caput vltimum propositæ tractationis, quo de communi substitutionum iure dicemus, & effectus earum generales attingemus. Ius autem substitutionum primum hoc est, vt nūquam iis locus sit, quādiu instituti spes est l.1.C.de ed.D. Adr. toll. idque nomē ipsum ostēdit. Ergo & prærogatiua graduū seruanda. Secundū est, vt conditione aut die in certa substitutionis eueniente, si quid per institutū fuerit alienatū fiat irritum, vt & aliis in cōditionibus seruari solet l.vlt.§.fin autē. C. com.de leg. excepto casu auth.res quæ.C.eod. Tertiò, substitutio quę nondum cōpetit extra bona nostra est, l.substitutio.C.de adq.rer.dom. quia nondū est delata, ideoque adquiri nondū potuit l.delata.D.de verb.sig. Itaq; substituto solutum ante substitutionis conditionem, vt indebitum repeti poterit, nisi interim conditio eueniat, l. pupilli.§.vlt.D.de solut. Quartò quod iure substitutionis obuenit, intelligendū est non ab instituto proficisci, sed testatore, l.5.§.1.D.de iure dot. quod vulgarium substitutionum ius est, id est, maximè verarum, in quibus testatori succeditur, cùm in pupillari aliud sit, vt suo loco videbimus. Ad illas etiam verius est, pertinere quintum effectum, vt legata fideicommissa ab instituto relicta, censeantur à substituto repetita, l. licet Imperator.de leg.1.l.4.D.ad.S.C.Trebel. Nam pupillariter substitutus tenetur quidem ad legata &

fidei

fideicommissa, non ratione dictæ interpretationis quam fecit Imp. in d.l.licet. sed quia succedit pupillo, qui si heres fuit patri, ad ea tanquam hereditaria onera præstanda erit obligatus, l. in ratione. §. quod vulgo. D. ad l. Falcid. Idque explicui latius suprà in elucidanda substitutionis definitione. Contrà, legata à substituto relicta nunquam dicuntur repeti ab instituto, quia nec possunt. Repetuntur enim quæ præcesserunt, non quæ sequuntur. Denique non hæc fuit mens testatoris: alioquin facilius ei fuisset ab instituto relinquere. Porro etsi legata repetuntur, non tamen cõditio, l. si sub conditione. 73. de here. instit. Sextus effectus est, diẽ legatorũ à substituto relictorũ cedere, mortuo testatore, siue vulgariter, siue pupillariter substitutus sit. l. 1. D. quãdo dies leg. vel fid. ced. Itaque si quandiu institutus deliberat, defunctus sit legatarius, transmittet ad heredes, l. heredis aditio. D. eod. Hic est enim cessionis legati effectus, l. miles ad sororẽ. §. 1. D. de leg. 2. Quã sic rectè Theoph. posuit in §. si peculium. Instit. de leg. *Cessio est legatorum quæ nondum percepta sunt ad heredes transmissio.* Etsi autem cesserit dies, nondum tamen venit, quia nondũ peti potest, d. l. heredis aditio. tanquã in eo legatũ à stipulatione differret. Illa enim simul & cedit & venit, l. cedere diem. D. de verb. signifi. hoc non item. Non enim ante dies legati venit, quàm delatum sit. Defertur autem aditione, si ab instituto relictum sit. Sin autem à substituto, eueniente substitutione, d. l. heredis aditio. ibi, *si postea heres institutus repudiauit.* Ideoque nec ante peti aut repudiari poterit argum. l. 1. §. decretalis. D. de successionib. edicto. Septimus effectus spectat etiam ius transmissionis

scilicet

scilicet hereditatis. Nam si quis decedat siue ex testamento siue ab intestato, & nonnulli ex his omiserint adire hereditatem, alij verò adierint, si hi qui omiserint, decesserint, adcrescit eorum portio adeuntibus, eamque ad suos heredes omnino transmittunt, id est sine distinctione vtrum hi decesserint ante illos vel non, dummodo adita hereditate id contingat. At in coherede substituto aliud est. Quia etsi coheres substitutus adiuerit hereditatem, nisi eo viuo delata ei sit coheredis portio, id est nisi substitutio contingat eo viuo non transmittet ad heredem. l. si ex pluribus. D. de suis & legit. vbi in fine ait Iureconsf. *Huic enim uiuo defertur ex substitutione hereditas, non etiã si decesserit, heredem eius sequitur.* Ratio videtur esse, quia heredis heres vi substitutionis non potest venire, cùm ex iudicio testatoris non veniat, arg. l. qui liberis. in fi. D. de vulg. Deinde ex substitutione delatam oportet fuisse hereditatem, vt aquiri posit ac transmitti, quod hic dici non potest. Nam adeundo ex institutione, non potuit adquirere ex substitutione, quæ nondum delata erat. Itaque mortuus ad heredem non transfert substitutionem, l. toties. D. de adq. vel omitt. hered. Quod igitur traditum est, ab vtraque causa institutionis & substitutionis vnã aditionem sufficere l. si tu ex parte. D. de adq. vel omitt. hered. sane intelligendum est secundum d. l. toties. dummodo adquirere sibi quis posit. Non potest autem, nisi delata ex vtraque causa, l. si solus. in prin. D. eod. Quod verò ait Accurs. portionem Seij coheredis in d. l. si ex pluribus. posse iure adcrescendi ad heredem Titij pertinere, minus plene scriptum est. Non enim potest tantùm sed etiam debet, cùm inuito

adcrescat, l. qui duabus. §. qui semel. D. de adq. hered. Ergo heres Titij etsi non habeat ex substitutione, id ei iudicio testatoris, habebit tamen ipso iure, id est legis beneficio & per ius adcrescendi quod à lege est, l. si in testamento. & ibi DD. D. de vulg. & pupill. Octauus effectus est, vt substitutus aliquando impediat institutum ex asse heredem fieri, qui si non esset, ita foret, l. cum heres. 52. in fi. D. adq. hered. Nonus est, vt ex substitutis eligatur curator bonis, in casu l. 1. §. eligitur. D. de vent. in poss. mitt. Vltimus est effectus, vt si heres institutus fuerit sub conditione, dato substituto, cogatur ei cauere in diem longiorē, ne petita bonorum possessione res hereditarias dimi nuat, l. Paul. not. D. de prętor. stipul. l. inter omnes. D. qui statisd. cog. Paul. 5. sent. tit. 9. in princ. & ibi doctissimus eius interpres. Quod durum videbatur, quasi calumniosè id peteretur à substituto, cùm alius eum antecederet. Sed tamen Prætor, qui dedit bonorum possessionem secundum tab. heredi sub conditione instituto, beneficium suum nemini vult esse captiosum, d. l. Paulus notat. vbi legendum existimo, *& si potest uideri*, pro illo vulgato, *& potest uideri*, vt sit ratio dubitandi, quam subiungit rationi decidendi Iureconsultus. Similis error in l. Paulus respondit. §. quæsitum. D. de lib. causa. vbi leg. *etsi nundum pretio soluto.*

De vulgari substitione, cur vulgaris dicatur. CAP. X.

DE VVLGARI substitutione secundum veterū interpretū ordinem ita dicemus, vt omissa exactiori definitione prius cur ita dicatur inquiramus, tum

tum quam variè secari possit, deinde formam, initium, effectus eius, & finem sequemur. Primus autē ex veteribus Io. Imola ita eam definire tentauit, & à pupilari aliisque distinguere, vt sit substitutio directa, quæ à quolibet & cuilibet fieri potest, nihil specialitatis habens. Ego puto definitionem aliam necessariam non esse, quàm quæ initio huius tituli tradita est. Neque est à personis ducenda definitio, vt facit Imola, cùm personas aptas intelligimus siue heredum instituendorum, siue substituendorum, nisi nominatim excipiantur, aut lex nouam formam earum ratione tradat, arg. l. qui testamento. D. qui testam. fac. poss. Et quemadmodum heredis institutio promiscua cùm distinguatur satis à sui heredis institutione opus non est, nec in ea tradenda solent occupari interpretes, ita & in vulgari substitutione seruandum est, quæ ab aliis specialibus distinguitur satis ipso nomine. Cur vulgaris dicta fuerit, non omittunt quęrere interpretes. Hæc enim, vt Ouid. lib. Fastorum ait, *habet dubias in nomine causas.* Huius appellationis rationes varias post Gulielmum Cuneum afferunt Alberic. & Bartol. quarum illa mihi solùm placet, quòd vulgaris, id est, directa vocetur. Quemadmodum enim directæ actiones opponuntur vtilib. sic & vulgar[illegible]. l. quidā cū filiū. 46. in fi. D. de hered. inst. sed non ea ratione quā putant. Non enim directa dicitur, quasi ex aduerso ei sit fideicommissaria, nam & pupillaris æquè directa est, sed quia ex legis 12. tab. verbis descendat, cùm aliæ substitutiones ex sententia & interpretatione postea manauerint. Lege enim 12. tab. vti quisque rei suæ legasset, ita ius erat. Quibus verbis etiam vulgares substitutiones comprehendeban-

tur, l. verbis legis. D. de verb. sign. At rei alienæ non item. Itaque pupillaris substitutio verbis l. 12. tab. nó innititur, sed ex consequentia patriæ potestatis moribus inducta est l. 2. in princ. de vulg. Ergo meritò vulgaris substitutio directa: pupillaris, exemplaris vtiles dici poterunt. Commodius dici potest, veriorem hanc esse appellationis rationem, vt vulgaris substitutio dicta sit, quasi solita & consueta. Sic vulgare artificium non est sordidum, sed consuetum. l. 27. in princ. D. de pecul. sicut etiam vulgares actiones dicuntur, id est vsitatæ, l. 1. & 2. D. de præscrip. verb. Quo etiam sensu, pupillaris substitutio vulgaris appellari videtur, l. in vulgari. D. de verbor. sign. Etsi enim initio pupillaris minimè solita fuerit: tamē postea in vsum & mores sic transiit, vt iam vulgaris dici posit, ideoque & moribus introducta, l. 2. in prin. de vulga. Nam vulgò fieri, & in more esse, perinde valent. Qua ratione factum est, vt acceptilatio, quæ initio iuris ciuilis erat, quemadmodum & stipulatio, in mores iurisgentium conuerteretur, frequenti & assiduo vsu, l. an inutilis. D. de acceptilat. Semper autem existimaui d. l. in vulg. de pupillari substitutione intelligendā esse, arg. l. qui duos. in princ. D. de reb. dub. l. si pater. 23. D. de vulg. Nam illa verba, *ei qui supremus morietur heres esto*, tractum habent longiorem, & casum aditæ hereditatis transgrediuntur, ac proinde notissimos terminos vulgaris substitutionis; quæ adita hereditate expirat, l. post aditam. C. de impuber. Denique non nisi de pupillari substitutione possunt intelligi, quia extra casum aditæ hereditatis, nemo directò, nisi pupillo substituit. Vbicunque autem substitutio concepta est per verba tractum temporis

poris suadentia, continet post aditam hereditatem vel pupillarem, si pupillo facta sit, vel degenerat in fideicommissum, si puberi. Bartol.& alii omnes in l. Centurio. in quæst.principali. D.de vul. Clarius tamen loquutus fuisset testator, si vocem, *impubes*, adiecisset, vt in l.penul.in princ.D.de bo.poss.sec.tab.

De diuisione vulgaris substitutionis, & an verum sit casum, si heres esse noluerit, ad casum, si heres esse non poterit, extendi.

CAP. XI.

IN VVLGARIS autem substitutionis partitione anxij sunt interpretes, multasque eius non tam species, quàm formulas constituunt, id est, accidentia potius, quàm substantiam. Sed cùm docendi causa ista fiant, non negligenda existimo, dum modus adhibeatur. Sic autem vulgarem substitutionem partiri soleo præter vulgares traditiones, vt alia sit mera & simplex, alia composita. Meram enim appello quæ sola est, & quæ aditæ hereditatis casum tantùm continet. Compositam vero, quæ aliis substitutionum generibus continetur, aut ea continet. Mera fit tantùm puberi: composita impuberi filio in potestate. Vtraque aut expressa aut tacita esse potest. Mera intelligitur tacita tribus modis, vel cùm inest institutioni, vel cum inest substitutioni, vel cùm ordine scripturæ magis quàm verbis intelligitur. Institutioni tacita substitutio inest in specie. l. Titius. 24 cum seq. D. de hered.instit.& in specie l. vlti. D.eod. In qua substitutio inest ita institutioni, vt heres institutus pro substituto tantùm sit. Quod decreto Imperatoris factum est ex æquitate illius speciei contra ex-

pressas iuris regulas. Inest verò ipsi substitutioni, cùm alter casus non aditæ hereditatis alterum tacitè comprehendit. Nam substitutus in casum, *si heres esse noluerit*, intelligitur etiam substitutus in alterū, *si non potuerit*, vt Bartol. voluit. l. 1. nu. 14. D. de vulg. Inest etiam substitutioni in specie. §. sed si instituto. Instit. de vulg. Inest denique ordini magis, quàm scripturæ, in specie l. vlt. versic. sin autem. C. de hered. instit. Composita verò vulgaris similiter aut expressa est, aut tacita. Et expressa quidem vel generalibus verbis, vel specialibus, vel singularibus. His enim omnibus modis expressum dici Bartol. pluribus hic explicat. Tacita verò composita est vulgaris, duplici ratione. Vel enim potest inesse institutioni, vel substitutioni. Institutioni inest quæ pupillo fit per formulam d. l. Titius. Substitutioni verò pupillari expressæ inest vulgaris, propter constitutionem DD. fratrum. l. iam hoc iure. D. de vulg. l. quamuis. C. de impuber. Illud quod supra attigi de extentione vnius casus ad alterum, excussione dignum est, quia & à Bartolo proponitur hic. Voluit enim cum antiquis Gulielmo & Raynerio, substitutum in eum casum tantùm, *si heres esse noluerit*, æquè substitutum esse in alium, *si non potuerit*, aut contrà, quasi talis extensio licita sit. argumen. l. Gallus. §. & quid si tantum. D. de lib. & post. l. mulier. in princ. D. ad Trebell. Quam sententiam suspectissimam habeo, veriusque dicerem, expressionē vnius casus specialis non comprehendere alterum diuersum, & nihil commune cum eo habentem. argum. l. si cùm dotem. in princ. D. sol. matrim. Nam etsi pupillaris substitutio vsque ad pubertatem & 14. annū

porri

porrigatur, tamen expreſsio certorum annorum puta decem, intra illud ſpatium pupillarem ſubſtitutionem cohibet.l. ſi ita quis.l.ex facto.§. item quæro.l.qui plures.D.de vulga.l.2.§.ſi primus.D.de bo. poſſ.ſec. tab. Ergo ſi caſus temporis expreſſus contra illud tempus non extendatur, idem & in alio quolibet caſu ſiue conditione ſtatuendum. Conditio enim cùm formam negotio det, in forma ſpecifica debet impleri,l.qui heredi.l.Mæuius.D.de cód. & dem. Oppugnat præterea Bartoli dogma l. commodiſsimè. D.de lib.& poſt.cui bona fide reſponderi non poteſt. At verò l.pater Seuerinam.in prin. D.de cond. & dem. quam ſibi pergrauem eſſe Bartolus exiſtimauit, neque eum iuuat, neque ei nocet, quia aliam quæſtionem continet. Ex ea enim tantùm colligere poſſumus generalem ſermonem propter præſumptam teſtatoris voluntatem ad ſpecialem coarctari. Quod hic non diſquirimus,nec huius eſt quæſtionis proprium. Nam in d.l. pater.generalis illa formula, *ſi non nupſerit*, quamuis duos caſus contineat, *ſi noluerit*, aut, *ſi non potuerit*, argumen. l. cùm proponas.C.de hered.inſtit. tamē ex intellecta voluntate teſtatoris, contra ipſius verba eorumq́ue proprietatem, putauit Papinianus ad caſum, *ſi noluerit*, fideicommiſsi conditionem tantùm pertinere. Eſt denique aduertendum, malè credidiſſe Bartolum in interpretatione d.l.pater.pœnâ in ea adiectâ id eſt, tranſlationem legati impedire vnius caſus ad alterum extentionem. Nam etſi pœna adiecta non fuiſſet, non aliter tamen reſpondiſſet Papinianus, dum ei de manifeſta teſtatoris voluntate conſtitiſſet, quam ſolam ibi intuetur. Non obſtat d.l. Gallus. §.

& quid si tantum. Quia ibi extentio non est, sed declaratio potius. Casus enim mortis, iusta interpretatione etiam ciuilem continet, quia de genere species prædicari debet. Interpretationis autem species illa, quæ fit per extensionem, regulariter non est permissa, nisi accedat testatoris voluntas. Quæ cùm manifesta esset in d.l. mulier. in pri. D. ad S.C. Trebell. meritò casum mortis ad casum emancipationis produxit Iureconsultus, vt nullius sit momenti d.l. mulier. ad Bartoli sententiam stabiliendam.

De forma vulgaris substitutionis. Interpretatio l. si paterfamilias. cum seq. D. de hered. instit.

CAP. XII.

PROXIMVM est vt de vulgaris substitutionis forma dicamus. Quod caput procursoriam hanc habet quæstionem, an necessariò præcedere debeat substitutionem recta institutio. In quo Bartol. communis sententia meritò aduersatur. Is enim malè credit non esse semper necessariam, quin & intelligit in ea conditione, *Si Titius heres non erit, Sempronius heres esto.* propter l. cum in testamento. 27. l. si ita quis. 82. l. Lucius 85. D. de hered. instit. l. coheredi. in fi. D. de vul. l. Gallus. in princ. D. de lib. & post. Nec verò existimo, bene conuenisse ea in quæstione inter antiquos. Nam Pegasus eandem videtur, quàm Bartol. sententiam sequi, eique aduersantur Aristo, Iabolenus, Pompon Arrian. Vlpian. ipse mos iudiciorum. l. ex facto. 18. D. de hered. instit. Sed & illi sententiæ, siue Pegasi, siue Bartoli sit, iuris ratio & auctoritas refragantur. Oportet enim recto iure heredem institui. §. in primis. Instit. de fid. heredit. Directa autem

non

non est institutio, nec rectum testantis ex ea iudiciũ colligitur, si obliquè & sub conditione concipiatur. Nam qui dicit, *si heres non erit*, non hoc dicit planè *heredem facio, siue, heres esto*. Quia aliud est velle, aliud non nolle. Ideo distinguuntur, l. eius est. D. de regu. iur. Qui illud dicit, affirmat, qui verò hoc, patientiã præstat. Sicut aliud est fateri, aliud non negare, seu tacere. l. qui tacet. ff. de regu. iur. Ergo illæ formulæ, *heredem facio, heres esto*, directæ sunt: hæc verò, *si heres non erit*, sinuosa & obliqua, nec heredum institutionibus apta. Quarum contemplatione certæ olim & solennes formulæ conceptæ erant, quæ nec hodie sublatæ sunt, sed magis auctæ, vt ostendimus suprà in declaratione. l. quoniam indignum. C. de testam. At si vera esset Barto. sententia, cõsequens esset substitutionem institutionem primam concipere, quæ tamen inuicem gradibus distinguuntur. Gradus autem à gradu numero differt. Præterea etsi conditionalis institutio fieri possit, nunquam tamen à clara & aperta institutione distingui debet, sed fieri & cõcipi per verba recta, *instituo, facio, uolo, esto, &c.* vt infinitis iuris exemplis probari potest, & sunt in eam rẽ tit. D. & C. de cõditio. instit. De instit. vel substit. vel restit. sub cond. fac. In summa, si verum est quod Bart. pro firmo & rato constituit, partẽ eam vulgaris substitutionis, quę substitutũ respicit, & nomen eius continet, perpetuò esse adfirmatiuam, multò magis primus institutionis gradus erit eiusmodi. Porro duplex maxime auctoritas contra Bart. potest adferri. Primùm, l. si quis eũ. in fi. D. de vulg. Vbi illa substitutio, *si filius uiuo me decedat*, censetur nulla, quasi filio prӕterito. Item l. Gallus. §. idẽ credendũ. D. de lib. &

post.vbi ita institutis filio & nepotibus: *si me uiuo filius & nepos decedant*, testamentũ dicitur rũpi, decedente prius filio, dein nepote. Nepos enim, tanquã præteritus rumpit testamentũ. Ergo nõ sunt liberi in dispositione positi, qui cõditionaliter adscripti sunt, ideoque & conditio appellatur non dispositio, l.ex facto. §.ex facto. D.ad senatusc. Treb. Neque iuuat Bart.d. l.Gallus.in pr.de lib.& post. Nã in sequẽtibus verbis satis ostendit Scæuola, præcedere debuisse institutionem. Præterea, ibi de sola postumi nepotis institutione tractatur, non autẽ filij, vt ex Iureconsulti verbis concipi potest. Non iuuat item d.l.si ita quis.82. quia ibi institutio est sub conditione, non autẽ substitutio, quod & titulus ipse, cui lex subiicitur, & Iureconsulti verba ostendunt. Non obstat etiam d.l. coheredi. in fi.d.l.cũ in testamento. cum similib. in quibus breuitatis causa institutionis verba inserta non fuerunt, cùm de ea quæstio non esset. Denique in d.l.cùm in testamẽto. duo gradus intelligẽdi sunt rationis institutionis præcedentis, & substitutionis ibi propositæ, quo modo etiã intelligimus.l. potest. quis.D.de vulg. Non vrget postremò d.l. Lucius.in qua filij fratris ab intestato tanquã legitimi heredes admittuntur, non ex verbis testamenti, & iudicio testatoris, vt post Accurs.ibi credidit interpretũ schola cõmunis, sicque refert Alex.cõs.8.vol.1.n.3. Querit deinde Bart. quibus verbis cõcipiatur vulgaris substitutio, an semper negatiuis vel etiam affirmatiuis. In qua quęstione breuiter ita statuendũ est, vulgarẽ substitutionẽ aut expressam, aut tacitã esse, vt ostendimus. Sed expressa modò verbis negatiuis fit, modo affirmatiuis, vt *si heres non erit heres esto*, vel, *uos inuicem*

uicẽ ſubſtituo. Nã in hac formula verbo tenus abnutio nulla eſt, quãuis re vera & in effectu neget. Nemo tamen eã ſubſtitutionẽ non expreſſam dixerit, ſi puberi fiat. Tacitæ autẽ vulgares ſemper adfirmãt, idque placuit rectè interpretibus. Siue enim in pupillari expreſſa vulgaris intelligatur, verborũ figura eſt affirmatiua, vt cũ dicit teſtator, *ſi in pupillari ætate deceſſerit, heres eſto*, ſiue alio quouis modo tacita ſit, perpetuò affirmatiuè cõcipietur, vt in l. Titius. 24. cũ ſeq. D. de heredib. inſtit. & in l. vlt. C. eo. Nec verò omnis expreſſa tantũ aut affirmat aut negat, ſed vtrumque ſæpe continet. Qui enim ita dicit, *ſi eres non erit, heres eſto*, partim affirmat, partim negat. Pars enim illa quę caſum cõtinet, abnutiua eſt, illa verò quę nomẽ ſubſtituti, adfirmatiua, directaque. Nã ſubſtituti cũ ſint inſtituti, meritò debet ſubſtitutio recto iure cõcepta eſſe, vt ſuprà diximus. Itẽ illud videndũ, vtrũ efficax ſit illa formula *ſi heres nõ eris, nolo ut hereditatẽ reſtituas Sempronio*. Quod Lancelotus Politus hic quęrit. Ego inutilẽ eſſe formulam crediderim, nec ſubſtitutioni idoneam. Qui enim heres non eſt, quomodo poterit hereditatẽ reſtituere? Nã nõ reſtituitur, niſi ab eo qui habet. Heres autẽ hereditatẽ niſi aditã non conſequitur. Nam ſine aditione nec trãſmittitur, nec reſtituitur. Ideoque in fideicommiſſariorum gratiam introducta Senatuſc. quæ cogerent heredes adire & reſtituere, §. ſed quia. Inſtit. de fideic. heredit. Non valet igitur, nec iure directo, nec per fideicommiſſum. Non enim poſſumus hanc licentiam vſurpare, vt verba illa, *ſi heres non herit*, ad caſum impropriũ & incogitatũ referamus. Et qui putant, trahẽda eſſe illa verba ad eum caſum, quo quis cogitur à Prætore adire

adire & restituere, & quo eueniente heres nomine tantùm talis est, cùm re vera & in effectu heres non sit, perspicuè falluntur: quia idem operarentur verba illa testatoris, *si heres eris, uolo hereditatem meam restituas.* Nam non adita hereditate, cogetur nihilominus, & ad restituendum impelletur. Putarem si ita concepta esset formula, *si heres non erit, uolo hereditatem restitui tali*, & in eo testamento adiecta eslet pro more clausula codicillaris, videri rogatũ heredem, venientem ab intestato, restituere arg. l. ex eo. D. Qui testam. face. poss. Adde his ea verba, *si heres non erit*, intelligi ex testaméto non ab intestato, l. heres instituta. C. de impub. & aliis substit. Ad hunc tractatum pertinet interpretatio l. si paterfamil. cum seq. D. de hered. instit. In qua formulæ huius, *si heres non erit*, alia declaratio proponitur. Nam si quis seruo ita substituat, distinctione res est explicanda, sciuerit testator, an ignorauerit seruum esse. Si ignorauit, admittitur concursus domini & substituti. Si verò sciuerit, excludetur substitutus. Quod autem de ignorante diximus, idem est omnino, si tempore quidẽ testamenti liber fuerit heres institutus atque ita reputatus à testatore, postea tamen in seruilem conditionem deuenerit. Quia si domini iussu adierit, perinde dominus & substitutus concurrent, ac in prima specie. §. vlt. Instit. de vulg. l. & hoc Tiberius. D. de hered. instit. Sunt enim in d. l. si paterfamil. tres species à Iuliano propositæ, quarum prima & tertia eadem ratione deciduntur. Credidit autem Alciat. lib. 1. disputat. c. 2. Semproniũ ibi & coheredem & substitutum fuisse, inductus persuasione vet. codi. Cuius sententiam quædam editiones sequutæ sunt. Ego

Sempro

Sempronium coheredem fuisse non puto, quia semper vt substitutus admittitur, d.l.si paterfamilias. in fin. Et verisimile est, si partem hereditatis vt coheres habuisset, Imperatorem non fuisse tam liberalem in alterius semissis participatione. Denique nihil est in Iuliani responso, quod nos ad id credendum inuitet. Iacobus Cuiacus existimabat illa verba, *alter semis*, male excepisse Tribonianum ex illa voce, *as*. Quæ sententia rationem haberet in ea specie, qua seruus liber aut ingenuus à testatore creditus esset insolidū heres institutus, dato ei substituto Sempronio. At si coheredem ei fuisse adiectum cōstituamus, vt verba Iureconsulti suadent, quæ vni tantùm heredi aptari non possunt (quorsum enim aliter semisses fierent à Iureconsulto?) integram retinebimus scripturam vulgatam, & semissis alterius diuisionem iure meritoque inductam fuisse obtinebimus. Est autem d.l.si paterfam. sumpta ex libro Iuliani 30. Digestorum, in quo de variis institutionum & substitutionum formis disseruit, arg. l. Iulianus. 15. D. eod. Nec nouū est, vt imperfectas factorum species supplere debeamus, ex ipsis decisiuis Iureconsultorum verbis, arg. l. & eleganter. in princ. D. de dolo. l. Lucius. 14. D. de fideicom. lib. l. qui non militabat. in fin. cum duabus seq. D. de hered. instit. l. qui Romæ. §. vlt. D. de verb. oblig. Adde his l. Iulianus. 42. in princip. de adquir. hered. ibi, *credo ita intelligendum*, vbi Marcelli casum interpretatur Vlpianus. Hæc igitur species certissima d.l.si paterfam. Testator heredem instituit filium, aut filios in semisse, in alio semisse Titium quem ingenuum putabat, cui Sempronium dedit substitutum, his verbis: *Caius & Seius heredes sunto. Titius heres esto,*

si Titius

si Titius heres non erit, Sempronius heres esto. Cùm autem Titius postea côditionem mutasset, ac in seruitutem deuenisset, iussu domini adiit hereditatem. Quærebatur, an excluderetur substitutus per aditionem, quasi finita vulgari substitutione. Et respondet Iulianus, hæc verba, *Si heres non erit*, nihil aliud significare intelligi, quàm si vel sibi non adquisierit Titius, vel si mutata postea conditione alium heredem non fecerit. Quam iuris interpretationem appellat Imperator in l.3.C.de hered.instit. Facit enim alium heredem, vel qui alterius seruus efficitur, vel qui ad rogandum se præbet. Etsi autem à domino videatur substitutus excludendus esse, tamen exemplo benignitatis principalis d.l.& hoc Tiberius. D. eod. admittit substitutum Iulianus in partem vnà cum domino. Videndum igitur quomodo fieri debeat hereditatis diuisio, quæ est principalis difficultas legis. Et respondet Iureconsultus in hoc casu & specie proposita semisses fieri debere ex sententia Proculi in l.liber.aliàs, si liber.59.§.Titius.D.de hered.instit. Horum igitur alter ad Caium & Seium institutos pertinebit, alter verò inter dominum & substitutũ diuidetur. Apparet ergo. d. l. si paterfam. speciem differre ab ea de qua in l.sequenti agitur, in qua nullus coheres Parthenio datus erat, sed tantùm substitutus. Solent enim in numero personarũ variare Iureconsulti circa eandem speciem, arg.l.pater filium. 6.cum seq.D.de dot.collat. In ea verò l. Iuliani singulare ius proponitur, descẽdẽs ex decreto primùm ponuntiato à Tiberio siue Tito Imp. aut vt alij volunt à D. Pio, quod in persona serui sui voluit obtinere. Omnes credunt, l.cum proponas. C. de hered.
instit.

instit. in fin. huic decreto aduersari, & verè credunt, falluntur que qui conciliare nituntur. In ea enim constituit Imp. substitutioni locum non esse, adeūte seruo iussu domini. Quia ex ea institutione Imp. nullum ius percipiebat, & res inter alias personas agebatur, ideoque liberalis de alieno esse noluit. At verò Imp. in d. l. & hoc Tiberius. fecit participem substitutum iuris ad se pertinentis, benignitatem & humanitatem potius quàm iuris regulas sequutus, & strictam obseruationem. Solebant enim Imperatores, in eiusmodi decretis rigori semper æquitatem & benignitatem præferre, etiam cùm iactura rei propriæ, & iis adquisitæ, arg. l. vlt. D. de hered. instit. cū multis aliis. Et licet Iulianus in d. l. si paterfam. decreti Imperatorij æquitatem & ad alias species produxerit, noluit tamen Alex. Imp. in d. l. cùm proponas. vsque eò manus porrigere. Parum igitur vtilitatis continet d. l. si paterfam. quæ Alex. constitutione tollitur. Quod verò diximus, in partem cum domino substitutum admitti, verum est, nisi voluntas contraria appareat, quæ substitutum in totum admittat. d. l. cùm proponas. in prin. De situ verò vulgaris substitutionis (quia & hoc ad eius formam pertinet) ita breuiter constituendum est, posse vel proponi, vel subiici institutioni, vt nomē ipsum denotat. Quia ordinem intellectus, non scripturæ, attendimus & interpretamur. l. si ita quis. 28. l. cùm in testamento. 27. §. 1. D. de hered. instit. Aliud obtinere in pupillari substitutione, in qua non debeat conuerti ordo scripturæ, probabimus suo loco.

De

De ortu & natiuitate vulgaris ſubſtitutionis.

CAP. XIII.

ANTEQVAM ad effectus, & finem,ſeu mortem huius ſubſtitutionis deſcēdamus, æquum eſt de initio,& natiuitate eius prius ſtatuere. Neque enim efficax eſt, aut ante finiri poteſt quàm nata ſit.Qua in re tenenda eſt regula. l.quandiu.69.D. de adq. hered. Quandiu inſtitutus admitti poteſt, ſubſtituto locus non eſt, nec ante ſuccedere poteſt quàm excluſo herede inſtituto.Ergo finis inſtitutionis,principium eſt ſubſtitutionis. Neque iure communi vtriuſque concurſus admittitur, vt dicemus poſtea. Excluditur autem heres inſtitutus, vel ſi nolit,vel ſi non poſsit adire,id eſt, ſi abſtinuerit, repudiauerit,aut morte præuentus ſit. De vtriſque igitur videamus.Et traditum eſt,vbi quis heres eſſe noluit, continuò ad ſubſtitutum tranſire hereditatem, l. filium emancipatum.60. D.de adq.hered. Non poteſt autem decernere, velit heres eſſe,necne, niſi ei delata ſit hereditas.l. delata.D.de verb. ſig.l.nec is.in fi. D.de adq.hered.Non defertur autem,niſi ei qui certus eſt,defunctū eſſe teſtatorē: alias enim repudiando nihil ageret,l.is qui heres.§.pen.l.qui ſuperſtitis. D.eod.Vbi autē quis certus ſit,vt poteſt adire,ſic & repudiare,l.is poteſt.cum ſeq.l.in repudiāda.23.D. eod. Et ex tali repudiatione aut abſtētione inſtituti, naſcetur ſubſtitutio vulgaris,l.ſi quis.in fin.D. eod. Quo fit,vt ſi ante repudiet, quàm decreuerit inſtitutus,nihil agatur tali repudiatione,d.l.is qui heres. §.pen. D.de adq. hered. Hic ordo igitur ſeruabitur, vt ante conſtet,defunctum eſſe teſtatorem , tum delatam

latam esse instituto hereditatem, cui deinde tempus decernendi præstituatur, quo excurso nascitur substitutio, d. l. quandiu. Quid ergo, si minor abstinuerit, aut repudiauerit, an pendente tempore restitutionis in integrum substitutus admittetur. Quod hic querit Bart. nu. 19. & respondet admitti. Idque verum esse credo, tam in suo l. ex contractu. D. de re iud. quàm extraneo, l. ait prætor. §. sed quod Papinianus. D. de minorib. vbi substitutus qui semel heres fuit, quantumuis sequuta restitutione, directas retinet actiones, vtilesque tantùm restituit minori. Idque contra Pap. euincit Vlp. Et huic sententiæ fauet, quod supra diximus, continuò ad substitutum transire hereditatem, vbi quis heres esse noluit, d. l. filium emancip. id est, ipso iure ita deferri hereditatem, vt eam adquirere posit. Nam verbum, *continuò*, latæ est sententiæ, l. in fin. cum seq. D. pro soc. l. apud Aufidium. & ibi. not. D. de opt. leg. adeo vt omnem moram tollat, l. qui vxorem. D. de iniusto rup. irri. fac. test. l. 1. C. de his qui se def. lib. 10. Admittetur ergo substitutus, nõ secus ac constitutio. D. Marci de addic. bonor. lib. ser. ca. locum habet in minore, qui potest restitui, l. 4. §. 1. D. de fideic. lib. At quæri potest, restituto minore, an excludetur substitutus cui ius iam quęsitum est. Idque puto, quia restitutio in integrum omnia in pristinum statum reponit. Nec igitur repudiata, aut abstenta videtur hereditas, data restitutione, sicut nec adita. Non tamen directas actiones iam quæsitas substituto habebit, sed vtiles tantùm, d. l. ait Prætor. §. sed quod Papin. sicut nec libertates, quæ semel cõpetierunt, reuocabuntur, d. l. 4. §. 1. D. de fideic. lib. Quòd verò attinet ad tempus restitutionis, pinguius

consulitur suo contra abstentionem, quàm minori extraneo contra repudiationem. Ille enim potietur beneficio l.vlt. C. de repud. hered. & præter statutum tempus triennium habebit. Hic verò tempora restitutionum pro aliis minoribus introducta sequetur, & nõ nisi re integra ei subuenietur, l. quod si minor. §. Scæuola. D. de minorib. Quia ad extraneos non pertinet d.l.vlt.beneficium. vt ex eius initio constat. Videamus de altero vulgaris substitutionis ortu, cùm scilicet nõ potest hereditatem adire institutus, quàm necessitatem ei adfert vel mors, vel incapacitas, vel indignitas. De morte igitur prius. Et si antequam adierit, moriatur institutus, hereditas defertur substituto, quia spes institutionis finita est. Quęri tamen potest, quid si institutus decedat ante hereditatem aditam, sed intra tempus deliberandi, vtrum admittemus substitutum, an heredem instituti. Et pro herede contra substitutum tenuit Bartol. hic post veteres. nu. 20. cui contradicit Angel. Ego veram Bartoli sententiam his rationibus existimo. Sciendum est enim, iure veteri scriptum heredem ante aditam hereditatem decedentem nihil heredi transmittere, propter veterem regulam, hereditatem non aditam non transmitti, l. vn. §. in nouissimo. C. de caduc. toll. Itaque heredis heredi non succurrebatur aliter, quàm si iusta de causa impeditus adire non potuisset prior heres, l. scriptus heres. 12. D. de Carb. ed. l. si quis in graui. §. eleganter. & l. postumos. D. ad Sillan. Postea verò antiquior Iurisprudentia, maximeque Paulus libris quæstionum, filiosfamil. paternam hereditatem deliberantes interimq; mortuos posse in suam posteritatem transmittere admisit, l. cum antiquiori-

bus.in princ.C.de iure delib. Quæ lex in casu scientiæ procedit, id est, cum sciunt filij paternam eis delatam esse hereditatem. At verò Theodos. postea ignorantibus etiam filiis, cuiuscumque sexus, idem ius concessit, l.vn. in princ.C. de his qui ante apert. tab. &c. Iustinianus autem omnibus heredibus, & successoribus, intra annum deliberationis, vel quasi, decedentibus transmissionis ius in successores concessit, dum intra annale tempus defuncto præstitutum aditio fiat, d.l.cum antiquioribus. Ergo interim erit in pendenti substitutio, quia nondum videtur exclusus institutus, seu qui eius personam representat heres. Alioquin frustra id in eius gratiam introduxisset Iustinianus. Bartolus & veteres sententiæ suæ rationem petebant à d. l. vn. C. de his qui ante aper.tab.&c. in his finalibus verbis, *aliosque aduersus auitum uel proauitum desyderium, &c.* Nam relatiuum, *alios*, ad substitutos & coniunctos referebant. Sed certior auctoritas, & fundamentum peti poterit à d. l.cùm antiquioribus. Quia Theodosij constitutio d. l.vn. descendentes tantùm complectitur. At lex Iustiniani quosuis successores. Nituntur etiam l.si quis filiumfam. in princ. iuncto §. 1. D.de adq. hered. quæ nihil eos iuuat. Quia in d.§. substituti nulla fit mentio, quãuis in princ. l. substitutus vulgaris datus fuerit, sed in alia & dissimili specie. In summa Ang. sententia contradictoria nullo iure probabili nititur, & debuit aduertere ad beneficium Iustin. heredis heredi concessum in d.l.cum antiquioribus. Præterea incapacitas heredem esse prohibet eum, qui est institutus, datque locũ substituto. Et olim quidem incapaces erãt varij generis, cælibes, orbi, latini Iuniani,

peregrini, quibus quæ relicta erant caduca fiebant. Vlp.in frag.tit.de cad.Sed inter cælibem & orbũ hęc erat differentia, quia orbus solidum quidem capere non poterat,semissem verò sic.At cælibes nihil consequebantur, nisi intra centum dies legi paruissent. Hist.trip.lib.1.c.9.Vlp.in frag.eod.tit.Hodie incapacitas eiusmodi sublata est, sublatis pœnis. Itaque cælebs,& orbus,substitutum excludent, tit. C.de infir. pœn.cælib.& orbit. Hodie incapaces etiam sunt heretici,l.Manichæos. C.de heret. Ergo dabitur locus substituto, excluso heretico instituto. Postremo de causa indignitatis hic videamus.Quam inter cęteras non retulissem, nisi Bartol.nu. 26. quæstionem proposuisset, vtrum si indignus heres institutus fuerit, veniat fiscus, vel substitutus. Inutilis sane quæstio, cùm certum sit ante aditam hereditatem nunquam dici indignum heredem. Quia indigno aufertur vel eripitur, vt conceptio tit. de his quibus vt indignis ostendit.Non potest autem eripi,quod quis non habet. Et tamen audet Bartol. affirmare,à fisco repelli substitutum.Quod Ang.refutauit,quasi rectè à Bart. quęstio fuerit proposita,sed non rectè decisa.Ego ita statuo,si indigno eripiatur hereditas, stultũ esse dubitare, an fiscus excludat sũbstitutum,cùm hic iam sit aditione hereditatis exclusus non ereptione fisci. Sin nondum adierit,indignus dici non potest.Itaque si ante adquisitionem decesserit,non fisco adquiritur, sed apud heredem manet,arg.l.vlt. D. de his quibus vt indignis. Non obstat,l.si sequens. in princ.D. ad Syllan.quæ de herede indigno loquitur,id est,eo cui iam adquisita est per aditionem hereditas, excluso substituto,sed tamen propter indignitatem aufertur,
&

& eripitur. Non mutat præterea l. in seruitutem. §. ei qui. D. de bon. lib. quia indigno non loquitur. Minus etiam vrget l. recusare. §. si fisco. D. ad Treb. quia de vacante & deficiente hereditate loquitur, nō ereptitia, id est, de adquirenda, non adquisita. Sed & ibi fideicommissarius erat datus, non substitutus. Ergo fuit opus cogere fiscum, vt adiret & restitueret, cùm videlicet heres, qui eo ministerio fungi debebat, ante aditionem deficisset, forte quia incapax, in cuius locum fiscus succedebat. Denique si fuisset datus substitutus, directò ei delata fuisset hereditas deficiente instituto, neque fisci ministerio opus habuisset, vt in differentiis directæ & precariæ substitutionis ostendimus. Quinimo vacantia bona dici non possunt, quibus datus est substitutus, qui etiam fiscum excludit, & impedit ne caduca fiat hereditas; l. vn. §. in primo. cum seq. C. de caduc. toll. Vltimò querit Bart. nu. 27. quibus casibus concursus instituti & substituti admittatur, id est, quādo contra iuris regulas simul veniant. Nam cùm instituti à substitutis gradu differant, simul esse secundum naturæ ordinem non possunt, quia concursus inter coniunctos non discretos admittitur. Et respondet, & communi Doctorum sententia admitti talem concursum in specie, l. si paterfam. D. de hered. instit. quam declarauimus antea, idque confessum est. Admitti autem in specie l. si libertus patrono. 41. vers. quid ergò. D. de bon. lib. disertè negamus. Quia portio, quam ibi patronus accipit, non iure institutionis ad eum pertinet, sed beneficio legis, tit. Instit. de success. lib. Ideoque & portio debita dicitur, non solùm in d. l. sed & alibi sępe, l. 6. §. si patronus. D. si quis omis. causa, & commodū par-

tus debitæ,l.19.D.eod.Itaq; in ea portione nõ magis patronus liberti,quàm filius in legitima patris successor dici pôtest.Nam vtriusq; quartæ quantum ad necessitatem debiti comparatio fieri solet,l.si verò.§.1. D.solut.matri.Ergo dicendum esset casum,d.l.si paterfamilias. vnicum esse ac singularem : neque alius ei rectè ab interpretibus adiungitur. Quin verò etiã probabiliter alius statui posit,ostendemus in primo effectu vulgaris substitutionis. Olim quidẽ sub cretione institutus,quantumuis imperfecta,si nõ creuisset hereditatem, sed se pro herede gesisset, in partem substitutum admittebat, vt videlicet legitimus aditionis hereditatis actus, qui per cretionem fiebat, à nuda & simplici pro herede gestione distingueretur.Sed postea, D.Marcus constituit,vt & pro herede gerendo institutus ex asse heres fiat. Vlp. in frag. tit.qui hered.instit. poss.in fin. Hodie autem sublata cretione, idẽ erit effectus siue gestionis, siue agnitionis,§.vlt.Instit.de hered.qualit.& differ.

An,& quando primo gradu institutionis testamentum destitutum à secundo confirmetur.

CAP. XIIII.

IN hoc capite de vulgaris substitutionis vtilitate præcipuè tractabitur, quia nihil aliud sunt eius effectus quàm vtilitates ex ea emergẽtes. Primus autem effectus secundus est eorum qui à Bartol. proponũtur. Nã de primo & pertinẽtibus ad eum quęstionibus melius ante suo loco à nobis dictũ est. Efficit ergo substitutio vulgaris, vt defficiente institutione, testamentum à substitutione vires capiat. Qua in re differentia est cõstituenda,inter ruptum testamẽtum,

& irritam institutionem. Rumpitur ergo testamentũ, aut statim, nempe filio iam nato præterito, aut postea, puta natiuitate postumi præteriti, l. 3. D. de iniusto rup. Si rumpatur præteritione filij, nõ erit locus substituto, nisi ab eo sit filius legitimè exheredatus. Nã sic rupto testamento, non statim locum sibi facit filius, sed tantùm, si à sequentibus gradibus non sit exheredatus, l. 3. in fin. D. de lib. & postu. l. pen. D. de iniusto rupt. l. ex facto. §. Lucius. D. de vulga. At verò cùm natiuitate postumi rumpitur testamẽtum, rumpendo institutionem, à qua est præteritus, ita sibi facit, vt & sequentem gradum, id est, substitutum quãtumuis ab eo sit exheredatus, excludat, l. 5. D. de iniusto rupt. vbi manifestè hæc differentia proponitur. Videamus de irrita institutione. Nam de irrito testamẽto non tractamus, sed de parte eius tãtùm, ac gradu, nempe institutione. Fit itaque irrita institutio, aut tempore, aut lege aut capitis minutione. Et si tẽpore irrita fiat institutio, vtpote cùm in militari testamento facta est, quæ post annũ missionis nõ valet, si sequens gradus iure communi valere possit, ab eo vires accipiet testamentum, l. si miles. D. de iniusto rup. Si verò lege irrita fiat institutio, nempe cùm lex Aelia Sentia in fraudem creditorum datas libertates irritat, vbi alius heres esse ex eo testamẽto heres esse potest, tunc à sequenti gradu valere poterit testamentum, l. si is qui soluendo. 55. & 57. D. de hered. instit. Quòd si capitis diminutione irrita facta sit institutio, siquidem media sit, qua ciuitas tollitur, certum est apertam esse substitutionem per incapacitatẽ instituti, quia peregrini ex ciuium Rom. testamentis capere non possunt, & formula vulgaris, *Si heres non*

erit,ad eos etiã qui non poſſunt extenditur. Idem dicendũ,ſi maxima ſit capitis diminutio,vtpote cũ quis in ſeruilem conditioné deductus eſt,niſi ſit is ſeruus, qui dominum capacem hereditatis habeat,& cui per ſeruum hereditas quæri poſsit.Nã tunc illa formula, *Si heres non erit*,interpretationé recipit ſi mutata côditione aliũ heredem non fecerit,l.ſi paterſ.D.de here. inſt.Quęrit vlterius Bart.quid ſi heres inſtitutus adire quidé poſsit hereditaté,ſed non eo modo quo defunctus voluit,puta quia iam emãcipatus,iam manumiſſus,cùm antea ſuus, aut ſeruus eſſet.Et diſtinguit inter voluntarias,& neceſſarias ſubſtitutiones:vt qui neceſſariò ſubſtituitur,puta nepos poſtumus, admittatur excluſo filio inſtituto , ſi filius ante aditionem emancipetur,arg.l.Gallus.§.& quid ſi tantum. D.de lib.& poſtu. Aliud autem eſſe putat in ſubſtitutione voluntaria,quia ſtatus mutatio non aufert ius inſtitutionis,d.l. ſi paterfam. Quæ cùm dicuntur à Bartol. inde ſequitur abſurdum,emancipatione tolli inſtitutionem,quod falſum eſſe côſtat ex l.Gallus. in fi.D. de lib.& poſtu.Emãcipatio enim & ſi ius ſuitatis perimat,non tamen irritat inſtitutionem.Neq; adiuuatur Bart. d.§. & quid ſi tantum. in quo etſi nominatim concepta fuerit inſtitutio poſtumi nepotis in caſum emancipationis filij,emãcipatus tamen filius ſemper adire poterit,neq; priuabitur hereditate,vt det locum poſtumo,quinimo vterq; admittetur. Ideoq; videm' eiuſmodi poſtumorũ inſtitutiones , nunquã aut rarò dici ſubſtitutiones quãtũuis duo gradus ſint.Eo igitur caſu,dari poterit exéplũ inſtituti,& ſubſtituti côcurrentium.Neq; obſtat,l.cùm in teſtaméto.36.D.de hered.inſt.in qua dicitur nullo caſu filium & nepoté

 poſtumum

postumum simul admitti. Quia respondeo, verum esse in specie expressa Galli Aquilij, id est, cùm in casum mortis filij concepta est postumi institutio, non autem, cùm in casum emancipationis, quæ minores multò producit effectus. Clariori itaque distinctione hanc Bartol. sententiam enucleabimus, si dixerimus, aut noluisse testatorem aliter heredem esse, quàm si non emancipetur, & tunc dicendum, sequuta emācipatione aut manumisione, quasi conditione institutionis deficiente, deficere etiam institutionem, l. 1. D. de cond. instit. aut simpliciter in casum emancipationis filij postumum nepotem instituit, & emancipato filio, nepos non admittetur vt substitutus, sed vt adiectus heres, & quasi coheres datus filio, ne videatur preteritus. Non fuit enim consilium testatoris emancipatione sequuta, priuare filium hereditate: sed impedire, ne per emancipationem filij, & postumi agnationem, rumperetur eius testamentum. Spargit porro hic subuerecundè occasione præcedentis quæstionis Bartolus, sublatum esse hodie suitatis & emancipationis discrimē. Nou. 118. de hered. quæ ab intest. defer. Quod absolutè falsum est. Teneo enim cum Accursio d. §. & quid si tantū. & Azone in fine summæ, C. de collat. non per omnia sublatam esse horum differētiam. Denique Nou. de succesione intestati loquitur tantùm. At verò hic testamentariam causam tractamus, in qua adhuc hodie suitatis & emancipationis differentia seruatur. Quia nullo iure sublata est, vt verè dici posit, titulum de coniung. cum emancip. lib. quatenus intestati causam respicit, sublatum esse: d. Nou. Iustiniani, quatenus verò causam testatæ succesionis spectat,

adhuc hodie vigere. Igitur ad quæstionis huius summam ita constituimus, heredem simpliciter institutum non impediri adquirere hereditatem, siue emancipatus sit, siue manumissus, & siue postea alieno iuri subiiciatur, argumen. l. si paterfamil. D. de hered. instit. Sin autem substitutioni conditionem addiderit, vel emancipationis, vel manumissionis, eam seruabimus. Tractatur deinde, vtrum quemadmodum per expressam vulgarem, sic etiam per tacitam confirmetur testamentum, destitutum aditione heredis. Et negauit Accursius conualescere: sed requiri, ex institutione aditam fuisse hereditatem: quē sequitur Dinus teste Bartolo, àliique, argum. l. apud Iulianum. §. idem Iulianus. & l. ita tamen. §. à patre. D. ad Trebell. Quod si verum est, longe imbecilliores erunt vires tacitæ, quàm expressæ vulgaris. A qua sententia recesserunt ex antiquis Gulielm. Oldrad. & Bartol. Et sane videbatur absurdum, vt vnde finem acciperet vulgaris substitutio, nempe ab adita hereditate, inde initium sumeret. Pro hac sententiá vrgent verba l. iam hoc iure. D. de vulga. in qua tacitæ vulgaris vis & natura proponitur. Nam cùm illa pupillaris expressa, *si filius impubertate decesserit*, hanc vim habeat & interpretationem recipiat, *si heres non erit, aut si heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, necessariò statuendum est præcedere in intellectu tacitam vulgarem, & prius ab eo incipi, tum verò ad casum pupillarem deueniri, id est prius substitutum in casum vulgarem, quàm pupillarem vocari, d. l. iam hoc iure. Ideoque casus vulgaris primus dicitur, pupillaris verò sequens, l. Lucius. D. eod. maxime post delationem hereditatis. Nam &
antè

antè poteſt eſſe ſecundus & ſequens, vt in fine tractatus huius ſubſtitutionis dicam, argum.l.coheredi. §.cùm filiæ. D. eod. Ergo nemo ſic recte argumentabitur: ſubſtitutio pupillaris aditionem requirit, igitur & tacita vulgaris aditionem requiret. Reſpondendum eſt enim, tacitam vulgarem non ita eſſe miſtam & confuſam cum pupillari, vt vtriuſque iidem ſint ſimul effectus, idemque initium & finis, ſed altera alteri ita cohæret & iungitur interpretatione, quomodo coniũgerentur ſi expreſſæ fuiſſent, id eſt eo pacto, vt caſus vulgaris ſemper pupillarem præcedat; ſiue expreſsè, ſiue tacitè. Quia diſtinguuntur tempore, & tempus non aditæ hereditatis neceſſariò præcedere debet tempus aditæ, id eſt, vulgaris ſubſtitutio pupillarem. Rectè enim Varro ait libr. 8. de ling.latin. *prius eſt hora prima, quàm ſecunda.* Laborat in eo maximè Bartol. vt hanc ſententiam confirmet. l.neque enim.aliàs incip. idem eſt.§.vlt.D. de milit. teſtam. Cuius operoſam explicationem ſubiicit, ſed in vanum prorſus. Quia ea l. ad hanc quæſtionem non pertinet, cùm in ea non fuerit tacita vulgaris, ſed expreſſa potius, & à ſubſtituto vulgariter fideicommiſſum relictum. Denique in ea impuberis nulla mentio, cuius perſona tacitam vulgarẽ inducere poſſet. Ibi autẽ ſubuenitur Imperiali & extraordinario remedio contra regulas iuris, in fauorem maximè libertatis. Ideóque & ſubueniendi verbo vtitur Iureconſul. in l.ſeq. vbi eadem ſpecies in pagano tractatur, ſed fine libertatis tantum ſubuenerunt Impp. Nam & dicitur D. Pius, ſub quo vixit Metianus, conſeruaſſe libertatem tantùm, id eſt, minus læſiſſe regulas iuris. l. Antoninus. D. de

fid.

fid.lib. Seuerus autem & Antoninus Caracalla eius filius, sub quibus Vlpianus, & libertatem & hereditatem concesserunt in militis, non pagani, testamento, d.l.neque enim.§.vlt.Non obstat l.apud Iulianum.§.idem Iulianus.D.ad Trebell. Nam etsi cogatur in ea institutus adire, id non fit ad confirmandum testamentum per tacitam vulgarem, sed vt ad expressam pupillarem commodius deueniatur, quæ illam sequitur,& à qua est fideicommissum relictum. Ait enim Iureconsul. *confirmatis patris tabulis, poterunt ex substitutione ambo cogi adire, & restituere.* Ergo aditio vnius ex institutis in eius l. specie potius tacitæ vulgaris extinctionem operabitur, quàm vt vim & effectum ei aliquem tribuat.Minus obstat l.ita tamē. §.à patre. D. ad Trebell. Quia cùm exheredato impubere filio substitutus fuerit heres patris ei datus, non possumus in ea specie tacitam vulgarem præsumere. Expressa enim vulgaris tali formula concipi non potest, *si exheres non erit,* sed ita potius, *si heres non erit.* Quò fit vt in exheredato filio vulgarem tacitam nō præsumamus,quia certū est exheredē heredē non esse. Nemo itaque sic loquitur, *filius impubes exheres esto, si filius impubes heres non erit, Titius heres esto.* Ac verè statui à nobis potest, etsi certissimi iuris sit, tacitam vulgarem in pupillari contineri,d.l.iam hoc iure. tamen id locum non habere in pupillo exheredato, sed tantùm in instituto,vt aliàs pluribus ostendemus. Adnotandum autem,male videri quibusdam recentiorum Iuliani responsum in d.§. apud Iulian. citari in d.§.à patre.Quia hic in exheredato loquitur, ibi in instituto: ergo species diuersæ. Item quæritur, vtrùm pupillari substitutione facta, mortuoque pupillo

pillo viuo teſtatore, ſaltem ex tacita vulgari admittatur ſubſtitutus, id eſt, vtrum ab ea vires capiat teſtamentum. Et Accurſius ſui diſsimilis exiſtimat valere, cùm in præcedenti quæſtione contrarium ſtatuiſſet. Cui Dinus hic contradicit propter l. quod ſi filius. D. de capt. Bartolus autem & alij diſtinguebant, vt ad concordiam diuerſas illorum ſententias reducerent. Quod non fuit opus, cum iure claro probetur admitti ſuſtitutum, l. Thais. §. Splendophorus. D. de fid. lib. Ego igitur locum habere puto vulgarem tacitam quomodo haberet expreſſa, quia nulla iuris diuerſitas apparet. Neque obſtat d. l. quod ſi filius. quæ de tacita vulgari nõ loquitur, ſed expreſſa pupillari, atque ad huius non ad illius tempus referenda eſt. Manifeſtum eſt ex verbis Iureconſulti, quibus ſecundarum tabularum meminit, quarum appellatione pupillaris ſubſtitutio deſignatur, vt recte nouit Accurſ. in l. pater. in princ. verb. inſtitutus. C. de capt. eod. Sed & illa verba, *filiusfam. mori intelligitur*, illa denique, *exinde ſui iuris, &c.* Satis oſtendũt, de pupillari ſubſtitutione loqui Iureconſultum, non autem de tempore non aditæ hereditatis. Et vt paucis verum intellectum d. l. quod ſi filius. aperiam, quæ interpretum variè ingenia verſauit, ſciendum eſt illa verba quibus innititur Dini ſententia, *nihil eſt quod de ſecundis tabulis tractari poßit*, hanc vim habere, ſi filiusfamil. impubes ante patrem captiuum moriatur in ciuitate, nullam eſſe dubitationé circa pupillarem ſubſtitutionem, id eſt, indubitatum eſſe vel habere locum, vel non habere, pro varietate ſcilicet circumſtantiarum, & illorum caſuum, quos ſtatim ſubiicit Papinian. Tractari enim, quo verbo hic vtitur

tur Iureconsultus, dubitare est, l. tractabatur. D. de mil. test. l. in bello. §. 1. D. de capt. Primus autem casus est, si filius moriatur in ciuitate, & pater postea reuertatur. Quia hoc casu filiusfam. mori intelligitur, propter fictionem postliminij. Nam in ea specie prima, patrem reuersum fuisse mortuo filio vt ponamus, necesse est. Quod & Accurs. censuit, & inuitat verbum fictitium, *intelligitur*. Species seques huic aduersa in patre non reuerso proponitur. Ergo si mortuo filio in ciuitate, pater captiuus demum reuertatur, nihil est quod de secundis tabulis quæramus, quia certum est eas locum habere non posse, cùm quo tempore impubes mortuus est fingatur fuisse filiusfam. Atqui ad pupillarem substitutionem inducendam, requiritur impuberem exiisse patris potestatem, initio tit. de pup. subst. apud Iustinian. Si verò mortuus fuerit filius in ciuitate, patre captiuo eodemque non reuerso, hoc casu nihil etiam dubitari poterit de secundis tabulis, id est, certum & indubitatum erit secundas tab. locum habere, propter fictionem scilicet legis Corn. Quia exinde ex quo pater captus est, filius videtur fuisse sui iuris, quasi eo momento patre mortuo, vt dicendum sit, hoc casu secundas tabulas valere, argumen. l. paterfami. in prin. D. eod. Ex quibus consequitur, priore casu de pupillari substitutione dubitari nō posse, quia certum est non habere locum propter ius postliminij. Secundo item casu omnem tolli dubitationem, quia certum est habere locum, propter fictionem legis Corn. Itaque ex certissimis iuris principiis, Papinianus in vtraque specie omnem dubitationem seu tractationem excludit, sed in prima negatiuè, in secunda affirmatiuè.

Aliud

Aliud eſt igitur excludere ſecundas tabulas, aliud verò excludere omnem de iis dubitationem, ſiue non debeant habere locum, ſiue debeant. Denique Papinianorum reſponſorum hoc vnum eſt elegantiſsimum, quo poſtliminij & legis Corn. iura iunguntur. Vltima ſupereſt quęſtio circa hunc effectum, vtrũ ſi pupillaris ſubſtitutio facta ſit poſtumo, iſque non naſcatur, ſubſtitutus admittatur ſaltem ex tacita vulgari. Vetus ſane, & iam olim agitata quæſtio inter Craſſum & Scæuolam, in centumuirali iudicio Curiano, cuius notabilis eſt mentio apud Cic. multis in locis, pro Cæcin. in Bruto, primo de Orat. &c. In qua vicit Craſsi ſententia, qui ſubſtitutum admittebat, eademque poſtea confirmata eſt Marci & veri conſtitutione d.l. iam hoc iure. qua pupillaris vulgarem comprӕhendit. Craſſum ſequitur Accurſ. ceterique omnes. Quamuis non defuerint refractarij, qui etiam aditionem hoc caſu requirerent, alioquin ex tacita ſubſtitutum venire non poſſe. Cùm autem non nato poſtumo, aditio fieri potuerit, iudicabant repellendum ſubſtitutum, dandumque locum inteſtatæ ſucceſsioni. Quam neceſsitatem aditionis, in tacita vulgari, iam ſatis antea impugnauimus. Pro Craſſo & communi creditur facere l. penult. D. de inſpic. vent. vbi ſubſtitutus ventri audiendus eſt, ſi ventrem ſeruare & cuſtodire velit. Sed fragile eſt, quod inde ſumitur argumentum. Quia ex eo non colligas, non nato poſtumo locum fieri ſubſtituto. Et meritò auditur in ea ſpecie ſubſtitutus, ſi ventrem ſeruare velit, propter ſpem ſubſtitutionis. Quia etiam quali quali ſpe ſucceſsionis motus admitti potuit, vt ventrem ſeruaret. l. 1. §. ſed etſi ſeruus. D. de inſpic. vent.

vent. Magis probaret l.pen.C. de instit.& substit.& restit. sub cond. fac. In qua cùm vulgaris expressa, *si non nascatur postumus*, pupillarem contineat, ergo & pupillaris expressa tacitam vulgarem eo casu continere debet argumen.d.l. iam hoc iure. Dicerem potius hac ratione niti Crassi sententiam, quia si filius præteritus fuerit postumo herede instituto, si non nascatur postumus, nihilominus contra tab.bon. possessionem filio competere respondit Iulianus. l. non putauit.§.à primo.in fin. D.de bon.poss.contr. tab. Non competeret autem, nisi testamentũ adhuc subsisteret forte substituto, aut coherede dato. Hæc enim bon. possessio testamentum petit, l. illud. D. eod. Quod vbi nullum est, nullum etiam potest oppugnare. Itaque eo casu, cùm ad intestati causam non deueniamus, sequitur etiam substituti habendam rationem. Pro Sceuolæ tamen sententia, coloratas quasdã rationes multas adinuenit Viglius bene meritus Præses in tit.Instit de pupill.quas legere & excutere non erit indignum, dummodo sciamus post Diuorum fratrum constitutionem l. iam hoc iure. inutilem videri dubitationem. Putemque præcipuum fundamentum Scæuolæ, in vrgẽda scriptura & verbis constitisse. Tentauit porro Bartol.distinctione controuersiam hanc temperare, dum vult ex vulgari admitti substitutum, si paulo antè, aut paulo post mortem testatoris spes substitutionis defecerit, aliter si diu ante, arg.l.3.C.de inoff.testam.& l. tractabatur. D. de milit. testam. Defecerit autem spes substitutionis, si diu ante mortem vxorem testator effætam & annosam habuerit, vel post testamentum factum diu in viduitate fuerit. Quia certum

est ei

est ei postumum nasci non posse qui vxorem non habet, aut effœtam habet.

An semper verum sit, per expreßionem vulgaris, pupillarem substitutionem comprehendi.

CAP. XV.

SECVNDA vulgaris substitutionis vtilitas in eo versatur vt per eius expresſionem pupillaris substitutio tacitè comprehendatur, & primus casus ambitu suo secundum contineat. Qua in re personas eas esse oportet, quibus in secũdum casũ substitui poſsit, & quæ in eũdem poſsint substituere, nempe vt pater sit is qui substituit, & filius impubes in potestate is cui substituitur. Quod ius vt diximus Diuor. fratrum constitutione est introductum d.l. iam hoc iure. Quæ tamen regula fallit, si substitutio vulgaris fiat impuberi in legitima tantùm instituto. Nam non vulgarem, sed pupillarem tantùm casum comprehendet. Etsi enim heres non sit pupillus, habebit nihilominus legitimam. At in legitima, etiam substitutio pupillaris habet locum, l. ex tribus. C. de inoff. testam. Sunt & alij casus, quibus hæc interpretatio non admittitur. Tres referunt interpretes qui ad duos poſsũt coangustari. Primus est, hanc interpretationem admitti, nisi contraria voluntas fuerit. d.l. iam hoc iure. l. quamuis. C. de impuber. Cùm enim ex verisimili & coniectata mente testatoris id fuerit admissum, ea si repugnet, locus huic substitutioni nequicquam dandus erit. Cuiusmodi exemplum dari potest in l. fi. C. de instit. & substit. vbi substitutus ex tacita pupillari non admittitur, propter verisimilem testatoris, mentem, quæ matrem pupilli substituto præfert. Altera

constitutionis exceptio est inter dis; ares personas ætate, aut conditione, vel inuicem substitutas, d.l.iam hoc iure. ætate, vt si alter pubes, alter impubes: conditione vt si alter in potestate, alter non. Vel quibus vtrisq; substituitur, vt si quis vxori & impuberi substituat, d.l.quamuis.C.de impub. Tūc enim nulla vis est, nullusque effectus, tacitæ pupillaris. Ergo si quis duos alterum puberem, alterum impuberem, inuicē substituat, inutilis erit interpretatio tacitæ pupillaris, d.l.iam hoc iure. Vbi ex Veri & Antonini constitutione id ius manasse dicitur, cùm D. Marcus eius auctor dicatur in l.2.C.de impub. Ergo continebimus huiusmodi substitutionem intra primi casus, id est, vulgaris, terminos, cùm ad secundum extendi non possit, cuius capax nō est pubes. Atque hoc est quod ait Imp. in eum casum censeri factam substitutionē, quo vtrique substitui possit, nempe in vulgarem, d. l.quamuis. Et ratio hæc reddi potest, quia est rationi congruens, ne plus iuris circa personam substituti testator habeat, quàm habuerat in eo cui eum substituebat, l.qui fundum.87.§. qui filiosfam.in fi.D.ad l. falcid. Quæ tamen ratio magis respicit inuicem substitutos. Hinc etiam pendet quæstio l.Lucius. D. de vulg. in qua Titianum filium legitimū pro adoptiuo intelligendum esse, cui naturalis rectè opponitur, id est, naturalis & legitimus, bene monuerunt Gabr. Paleot. in lib.de not. & spur. Molin. in 3. solemni lectione Dolana, & ante eos Anton. August. emēdat. lib. 3.cap.8. In ea igitur l. si naturalis filius inuicem substitutus legitimo, sit capax pupillaris substitutionis, puta quia impubes, & in potestate, ex tacita pupillari succedet, matre exclusa. Non item, si in eius

persona

persona intelligi talis substitutio non posit, nempe quia iam pubes factus,& proinde legitimo impuberi ætate dispar. Hæc est enim vis illorum verborum Iureconsulti, *cùm in naturalis filij persona, duplex substitutio locum habere non poterit*. Sic enim Florent. melius legitur quàm quod vulgò habetur, *non posit*, vt ad ius Papiniani verba referantur, non ad factum, quasi hoc velit, si eueniat vt in filij naturalis persona locum habere non posit substitutio pupillaris puta, quia emancipatus, vel pubes, & legitimus semel heres factus in pubertate decedat, mater ad eius successionem vocabitur excluso substituto. Quia nullam hic comminisci possumus, inter dispares personas, substitutionem pupillarem. Tertia exceptio locatur ab interpretibus in duobus substitutis, quorum alter in primum, alter in secundum casum sit expresse substitutus. Idque nituntur probare. l. cũ ex filio. §. filio. D. de vulg. Ego veram illorum esse sententiam statuo, sententiæ auctoritatem & fundamentũ repudio. Ex tali enim substitutione manifesta est testatoris voluntas, nolentis primum casum ad secundum interpretatione porrigi, cùm expresse alium eidem pupillo in secundum substituerit. In hac igitur specie prioris exceptionis exemplum verius constituemus quàm vt nouã exceptionem inducamus. Nam quod illi in hanc rem adferũt d. §. filio. decepti videntur scripturæ vulgaris corruptela cum in Pandect. Flor. duobus locis absit hoc vocabulum, *heres* Et suo tempore in eo variatum fuisse, pro solita sua diligentia monet Accurs. Denique ibi in primum casum facta non fuit prima substitutio, sed sub hac conditione, si sine aliis liberis decesserit testator. Hanc

vim habent meo iudicio illa verba, *Si sibi filius nullus fuerit*. Quia vsitatè non dicimus, *si sibi filius nullus fuerit heres*, sed magis, *si heres non erit filius*. Est & alia superioris regulæ exceptio ex interpretum sententia, quæ controuersi valde iuris est, & in qua non conueniunt, seu vetustiores, seu qui deinceps sequuti sunt, Doctores. Aiunt enim communi fere calculo, matrem excludere substitutum ex tacita pupillari venientem, id est, matrem ab intestato pupillo succedere, cessante testamentaria causa. Hoc est enim quod illi dicunt, matrem esse in medio. Quam sententiam vulgò receptam Placentinus admodum vetustus auctor in summa C. profitetur, & constanter Accurs. sequitur passim, d.l.vlt.C. de instit.& subst. & rest.d.l.Lucius. & l. Centurio. de vulg. Nec enim assentior Bartolo qui glossas ea de re contrarias ait. Ab eo deinde quotquot sunt interpretes in eam sententiam concesserunt, exceptis ex antiquioribus eodem Placentino, idque non semel, ex antiquis Fulgosio, ex nouissimis Decio, aliisque quibusdam. Sane Placentinum huius sententiæ auctorem Accurs. in d.l.vlt. nominare non est dignatus, ei ob alias nescio quas causas offensus, & quem insectetur potius quàm laudet. Vtraque pars verba legum vrget. A communi credunt facere d. l. Lucius. quod falsum est. Quia ibi tacita pupillaris intelligi nõ potest, vt verè notauit Accurs. & diximus supra. Nituntur etiam d.l. vlt.C. de instit. subst. & restit. sub cond. quæ contrariam potius sententiam iuuat, vt videbimus. Fundamentum huius sententiæ est in l. precibus.C. de impub. vbi disertè & nominatim id statuitur, cui nunquam vidi aut legi aptissimum à contra

contradicentibus dari responsum. Nam quod aiunt Viglius,& alij,in ea l.per tacitam pupillarem matrem excludi, quoniam de militis agatur testamento qui cum filium heredem instituerit, & si filius heres non erit, Mæuium substituerit, non videatur cogitasse de casu quo intra pubertatem pupillus decederet. Quia quòd vulgaris substitutio tacitè inest pupillari,ex iuris interpretatione accidit magis, quàm voluntate defunctorum. Militum autem meram intuemur voluntatem. Sed hæc iure dici non posse ipsa l.verba ostendunt quibus dicitur, pupillarem excludere matrem etsi sub compendio verborum concepta sit, quod sine iuris interpretatione fieri non potuit. Denique iuris interpretatio nihil aliud est, quàm voluntatis defuncti declaratio. Ideoque iuris interpretatio, de qua agimus, locũ non habet repugnante testatoris voluntate, d.l. iam hoc iure. vt supra ostendimus. Minus etiam placet quod Fulgos. & alij comminiscuntur, filium defunctum non in pubertate sed post pubertatem, itaque tacitam pupillarem cogitari non potuisse. Quod falsum esse probant eiusdem legis verba, *Si quidem in patris militis positus potestate.* Quorsum enim potestatem patriam vrgeret Imp. nisi tacitæ pupillaris intuitu? Denique cùm filius testatoris, de cuius agitur successione, in patris militis potestate fuerit, non dubitauit Imp. quin pro certo habuit, vt ostendit initium rescripti. Est igitur lex illa sola, qua commodè frequentior illa sententia de matre substitutum excludente niti possit. Contrariæ verò partis firmiora sunt munimenta. Nam si hæc matri via pandatur, & in eius gratiam id admiserimus, idem iuris patri, matri testatoris, idem auiæ, idem fratri, sororive

impuberis concedendum erit, præsertim cùm hodie fratres, & sorores, ad intestati successionem cum matre admittantur, auth. & cùm solus. auth. defuncto. C. ad S. C. Tertul. Idem denique tribuendum patri impuberis, cui auus in primum casum substitutum dedit, & sic intestatæ potius quàm testamentariæ successioni fauebimus, contra l. quãdiu. D. de adq. hered. & voluntates testatorum à lege præsumptas intercipiemus, quæ potius adiuuandæ erant, debilesque & infirmas tacitæ pupillaris vires reddemus contra mẽtem d. l. iam hoc iure. vbi par tacitæ & expressæ ratio haberi videtur, vt & alias in iure solet, l. sed si nõ. 88. de leg. 1. & Impp. manifestum faciunt idem ius tribui tacitæ pupillari, quod directæ & expressæ competeret, arg. l. nam nec. 89. de leg. 1. Atqui expressa pupillaris matrem excludit l. Papinianus. §. sed nec impuberis. D. de inoffic. testament. quinimo & quaslibet ab intestato successiones, l. si testamẽto. C. de impub. Denique animaduerto, matrem tanquam ab intestato ad impuberis successionem in necem substituti non admitti, nisi duobus casibus. Primus est, si substitutio impuberi facta pugnet contra iuris regulas, l. Scæuola. D. ad Trebel. Vti tamen benigna interpretatione sustinetur adhuc, quantum fieri potest, substitutio & in vim fideicommissi valet. Atque in hac quæstione, nullæ sunt iuris regulæ, quæ contra substitutum dirigantur, quin potius ex earum consequentia ius illius pendet. Alter casus est, si de vulgari non possit sequi pupillaris, vel propter disparitatem d. l. Lucius. de vulg. l. 2. l. quamuis. C. de impub. Ex quibus licet argumentari, quòd si eiusdem conditionis fuissent inuicem

substituti,

ſubſtituti, aut quibus ſubſtitutio facta eſt, locus ſit ſubſtitutioni non inteſtatæ ſucceſsioni. Vel denique ſubſtituto mater præfertur, ex veriſimili teſtatoris mẽte, vt in d.l.vlt.C.de inſtit.ſubſtit.reſtit.ſub cond. Quæ cùm Iuſtiniani ſit, ac proinde nouiſsimi iuris conſtitutio, tamen in ea contra ſubſtitutum mater nõ admitteretur, niſi filio impuberi coheres data fuiſſet, vt Placentinus rectiſsimè cenſuit. Ergo ſi nec fuerit coheres data, nec aliunde mens teſtatoris conſtet eam ſubſtituto præferentis, ius commune reſcripti Diuorum fratrum ſequemur, & ſubſtituto potius locum dabimus, idque à contrario ſenſu probat d. l. fin. Sunt qui putent pro hac Plac. & Fulgos. ſententia facere. l. quamuis. C. de impuber. Quos non ſequimur, quia ibi pupillaris tacita nulla colligi poteſt. Idque oſtendunt illa verba finalia, *manifeſtum eſt, in eum caſum factam ſubſtitutionem quo utrique heredem ſubſtitui potuit*, id eſt, in vulgarem tantùm caſum factam ſubſtitutionem, cùm vulgaris tantùm ſit particeps mater. Denique potius ex ea l. ſumemus exemplum diſparitatis perſonarum, vnde tacitæ pupillaris naſcitur impedimentum. Et quia tota vis contrariæ ſententiæ pendet à d.l. precibus. cui diximus ſatisfactum adhuc non eſſe, videndum eſt an commodius ei reſponderi poſsit, quàm fecerint alij. Et verò, cùm pugnet aduerſus manifeſta iuris principia, ſi quis firmaret ſcripturæ corruptelam diſputationi occaſionem dediſſe, vt & ſæpe aliàs in iure atque apud alios auctores, audaciæ ſuę patrocinio non careret, ſi pro, *omnimodo*, legendum eſſe, *nullomodo*, concẽderet. Nam in dictione, *nullo*, tot ſunt apices litterarum quot in dictione contraria, *omni*, excepto quod litera o, tran-

cienda esset à principio ad finem vocis. Quæ in re sæpe veteres librarij peccant. Accedit etiam quod Fulgos. venit in mentem, vnicam esse illam legem & singularem, quæ tantopere matri faueat, cùm tamen nihil videatur adferre in præiudicium iuris veteris, sed simpliciter statuat nō esse incerti iuris, &c. Vnde præsumptio est nullam hic adferri ab eo nouã exceptionem ad Diuorum fratrum constitutionem d. l. iam hoc iure. nullum nouum ius ab eo statui. Denique potius ad emendationem & suspicionem in libris recurrendum est, quàm vt aliquid contra regulas iuris admittatur. Tentabo nihilominus & aliam viam, omniaque potius experiar, quàm vt vitium faciam scripturæ. Dicam enim, dubiam huius legis interpretationem reddidisse preces, quibus species facti continebatur, Imperatori oblatas. Contentus enim fuit Iustinianus rescripto, precibus illis Patronæ reiectis. At verò qualis fuerit species, & quid precibus expositum, ex rescripti tantùm tenore possumus coniicere. Quod cùm iure nitatur recepto, aut saltem non controuerso, effingenda est ea species quæ iuri non repugnet. Fietque commodissimè, si dicamus matrem coheredem datam pupillo, ideoque ex tacita pupillari matrem præferri substituto, propter ius scilicet non incertum Papinianæ sententiæ. l. vlt. C. de instit. substit. &c. In qua duplex tacita pupillaris apparet, vna Diuorum fratrum qua substitutus nititur, altera Papiniani à Iustiniano comprobata, qua mater venit & substitutum excludit. Itaque in ea specie mater, non tanquam ab intestato, sed ex tacita pupillari, ad filij sui hereditatem vocatur, quàm primus Papinianus

induxisse

induxisse videtur, cuius responsa & quæstiones tunc in iudiciis frequentabantur, maximoque in honore erant. Quinimo aliàs ostendi apertè, non esse nouum, vt species factorum à Iureconsultis imperfectè relatæ ex eorum responsis ad easdem factorum species suppleantur, quod & hic faciendum est. Itaque illa verba, *ad te omnimodo eius pertineat successio*, interpretabor, vt mater insolidum sit heres filio, proindeque patri eius marito, non ab intestato, sed ex illa tacita pupillari, quam primus Papinian. induxit, & comprobauit Iustin. d. l. vltim. Et quia toties d. l. vlt. meminimus, euellendus est nobis error qui male habet interpretes, cum putant matrem præferri substituto, & venire tanquam per ius adcrescendi, & quasi coniunctam impuberi. Quod falsum esse vel hinc patet, quia non in bona patris tantùm succedit, sed etiam pupilli. Duæ sunt autem, patris & pupilli, hereditates, l. 2. §. illud potest. D. de hered. vel act. vend. §. igitur. Instit. de pup. substit. Atqui certum est, in diuersis hereditatibus adcrescendi vis locum non habere. l. sed si sub conditione. D. quib. mod. vsusfr. amitt. Præterea notum est ius adcrescendi à substitutione impediri. l. 2. §. si duo. D. de bon. poss. secun. tab. l. vnic. C. de cad. toll. auth. hoc amplius. C. comm. de legat. Nou. de hered. & Falc. §. si quis autem non implens. §. & hæc quidem omnia, vt verius dici posit, matrem ex tacita pupillari in ea l. admitti, & concurrere cum alia tacita pupillari, quæ ex Diuorum fratrum constitutione manabat, d. l. iam hoc iure. eámque vincere propter clariorem & vberiorem interpretationem voluntatis defuncti. Non obstat l. qui patri. 59. D. de adq. hered. vbi qui

patri heres extitit, iure adcrescendi etiam heres est filio impuberi, cui datus est substitutus. Quia ibi substitutus idem erat,& institutus. Itaque ex aditione paternæ hereditatis, se obligauerat ad pupillarem hereditatem. Heres verò iste, non ex substitutione, & iudicio testatoris veniebat, sed legis potestate & iure adcrescendi. At in d.l.vlt.aliud est. Quia mater non erat expresse substituta filio suo, sed tantùm coheres data. Denique statuitur in ea, matre ante impuberem decedente vocari eum, qui ex tacita pupillari veniebat, neque dicitur matris heredem iure adcrescendi venire. Quia non potest eo iure niti vbi est substitutus datus, cùm potiora sint substitutionis iura, quàm coniunctionis. Adnotandum verò, quod supra dicebamus, ex duobus testamentis ius coniunctionis non contingere, notabili exceptione limitari in d.l. qui patri. Quia patris & filij hereditates, non sunt duæ re vera, sed quodammodo.

Cuius sit heres sustitutus, instituti, an testatoris, siue de expressa, siue de tacita vulgari quæratur.

CAP. XVI.

SEQVITVR tertius vulgaris substitutionis effectus, vt substitutus testatoris, non eius cui substituitur, heres sit, & ad illius non ad huius bona porrigatur substitutio. Vel quia institutus heres nunquam fuit, id est, quamuis delata non tamen ei adquisita fuit hereditas, ac proinde alium non potuit facere heredem, vel quia substitutos heredes cùm dicimus, respectu testatoris loquimur, & heredis appellatio testatorem respicit, non eum, cui substituitur. Ergo meritò ad solius testatoris bona

refertur vulgaris substitutio, ad differētiam maximè pupillaris. Quærunt tamen interpretes contentiosè, an vulgaris expressa facta pupillo in potestate, ad bona testatoris porrigatur tantùm, an etiam pupilli. Inutilis sane quæstio. Quia certum est, ad pupilli bona nunquam porrigi, nisi testamentum pupillo pater fecerit, aut re vera, aut per interpretationem. Atqui filio impubere mortuo, antequam heres patri extitisset, non potest aliquod pupilli testamentū, aut aliqua pupilli substitutio intelligi. Ergo ad bona impuberis non trahetur vulgaris expressa. Quin si postea filius in pubertate decedat, iam non ex vulgari, quæ tota per aditionem impuberis extincta est, sed ex tacita pupillari succedetur pupillo. Denique tenendum est quod à nobis aliàs dictum est, vulgarem ita continere tacitam pupillarem, vt hæc illam sequatur, & vulgaris mors pupillaris sit initium & vita. Quia prius aditæ hereditatis casus naturali ordine venire debeat, quàm ad secundum & pupillarē casum perueniatur. Ergo cùm distinguantur tempore, si ante aditam hereditatem pupillus decesserit, substitutus ad bona testatoris tantùm vocabitur, venientes autem ab intestato pupillo proximiores ad eius bona. Si verò post aditam hereditatem, & in pupillari ætate, vulgari prorsus extincta, supererit pupillaris, quæ substituto hereditatem impuberis deferat, adeo vt impuberi non patri heres sit futurus, l. si fundum. 87. vers. si verò. D. ad l. Falc. Dinus vt contrarium adstrueret, male proferebat l. 2. §. sed & si ita. D. de vulg. In qua illa verba, *proculdubio Seius ei heres erit*, de impubere intelligenda esse rectè Bart. docet. Itaque meram vulgarem continent, & sola

testatoris

testatoris bona compræhendunt. Quod clarius ostenditur subiunctis Iureconsulti verbis, quibus tacitæ pupillaris casus compræhenditur, id est, patris testamentum & hereditas, à filij impuberis testamento, & hereditate, distinguitur. Denique in hac quæstione, lex non tam quærenda est, quàm ratio & principium iuris, quod est huiusmodi, ad bona impuberis nunquam porrigi substitutionem, nisi expressè aut tacitè impuberi testamentum pater fecerit. Item quærunt, an tacita vulgaris, quæ expressæ pupillari iungitur, ad bona impuberis trahatur. Otiosè prorsus. Quia si expressa non porrigatur, multò minus tacita, ne plus iuris tacitæ quàm expressæ tribuamus, & quia neutra vulgaris substitutio est testamentum filij, sed patris, quibus scilicet de herede patri habendo prospicitur. Notat Accurs. in d. l. vlt. C. de instit. substit. &c. Male contra hanc sententiam profert idem Dinus l. qui fundum. 87. §. coheres. D. ad. l. Falcid. In ea enim, cùm substitutus ex pupillari veniat, siue expressa, siue tacita, parum refert: sequitur manifestè ex tacita vulgari venire non posse. Vtriusque enim concursus non admittitur, & qui ex vna venit, ex alia venire non potest. Ex nulla vulgarium in ea specie venire posse patet, ostenduntque hæc Iureconsult. verba, *circa legem Falcidiam perinde ratio habetur ac si patri heres extitisset.* Ergo re vera patri heres non extitit substitutus, sed pupillo, ideoque ex pupillari venit. Denique cùm in ea l. præstatio legatorum iam fuerit facta à coherede pupilli, quæ fieri non potest nisi adita hereditate, pupillum etiam adiisse præsumere debemus, cùm verba Iureconsul. non repugnent. Pergunt deinde quærere nostri, maxime

 ximè

ximè post Accurs. in d. l. vltim. vtrum vulgaris tacita matrem excludat. Sed inter matres distinguunt: quia mater impuberis repellitur meritò ex ea hereditate, in qua filius eius non succedit, sed locum alteri facit. Aequum est enim, vt cùm non nisi per impuberis personam venire posit, impubere excluso excludatur & ipsa. At verò in matre testatoris aliter statuunt, hanc nempe substitutum repellere tacitæ pupillaris exemplo, cui hanc vim tribuunt. Quos tamen non sequimur, quia de tacita pupillari aliter sentimus. Hanc enim, matrem à filij impuberis successione deturbare, probauimus. Neque potest tacitæ pupillaris exemplum ad tacitam vulgarem in matre produci, cùm illa multò quàm hæc sit incertior quæstio. Alioquin in vitium incideremus, de quo apud Gell. lib. 17. c. 5. Ergo obscuro & incerto argumento vsus est Bartol. Deinde etsi vera esset contraria sententia, propter d. l. precibus. tamen vt tantumdem iuris tacitæ vulgari tribuamus, lege expressa opus est, qua carent illi. Certe ab expressa vulgari ad tacitam facilius admitterem argumentum, quàm à tacita vulgari ad tacitam pupillarem. Quia tacita quælibet expressæ illius naturam sequitur, ad cuius exemplum à lege inducta est. At verò tacita ab alia specie differt, quemadmodum vulgaris à pupillari. Postremò testatoris matrem repellit potissima illa ratio, quòd cùm liberis omnia seruemus, præsumitur testator eũdem velle heredem habere: quem & filio fecit, cùmque substitutum in successione filij prætulerit, multò magis & in sua prætulisse dicendus sit, argumen. d. l. vlt. Controuertit exinde Barto. quid pro matre impuberis statuendum, si substitutio

impuberi

impuberi facta partim ſit vulgaris expreſſa, partim tacita. Et quia certi iuris eſt, expreſſam vulgarem matrem repellere, in tacita, matri potius quàm ſubſtituto fauet. Ait enim id diſertè contineri d.l.vlt. in qua, vt voluit, vulgaris expreſſæ & tacitæ concurſus fiat. Sed fruſtra laborat in ponenda ſpecie d. l. vlt. In ea enim vulgaris expreſſa fuit, tacita non item alia, quã pupillaris. Quia vulgaris expreſſæ, & tacitæ, concurſus vix dari poteſt. Denique ſentimus cum Accurſ. Oldrado, Alber. & veteribus, hereditatem ab impubere poſtumo aditam fuiſſe, ideoque vulgaris qualiſcumque ſpem extinctam, nec potuiſſe ſubſtitutum, niſi ex tacita pupillari, venire. Idque indicant illa verba, *multò magis & luctuoſam hereditatem ad matrem uenire curauit.* Quibus aliàs vtitur Iuſtin. cùm de filij hereditate loquitur, vt exemplis probat Accurſ. Vltimò quæritur, quid de prælegatis iuris ſit, id eſt, an ad ſubſtitutum quoque vna cum hereditate peruenire debeant. De qua quæſtione remiſsiuè Bartol. agit. Nos de ea breuiter ita conſtituemus. Cùm legatorum ratio & natura ab hereditate diſiuncta ſit, ſic etiam debet legatarij & heredis perſona. Itaque heres, cui per præceptionem aliquid legatum eſt, ſuſtinet quidem duas perſonas & heredis & legatarij, & vna depoſita aliam poteſt retinere. Ideo ſi non fuerit heres, prælegata ei facta vel ipſe, vel heres eius, petere poterit, l. qui filiabus. §. vlt. cum l. ſeq. D. de legat. 1. Difficultas tantùm in eo verſatur, an totum an verò partem habeat. Et quidem totum petere poſſe Iulianus contendit in d. l. qui filiabus. cum ſeq. Contrà Papinianus in l. miles. de leg. 2. vbi pro partibus coheredem, quæ conſtituerunt, præceptio-
num

num portiones peti non possunt. Sciendũ est enim, cùm quid heredi legatur, partem tantùm iure legati capere à coherede, parte iure hereditario obtinere, l. 1. §. si quis ex mortis. D. Quor. legat. idque propter regulam, qua dicitur, heredi à semetipso legari non posse, id est, heredem legatum sibi ipsi præstare non posse, l. legatum. §. 1. de leg. 1. Vlp. in frag. reg. tit. de leg. Hac tamen iuris regula neglecta, respondit Iulianus, totum legatum peti posse, *quamuis*, inquit, *ei à semetipso inutiliter legatum fuisset*. Et verò huic repugnantiæ Iureconsultorũ variè occurrunt interpretes. Notabat Accurs. aliud esse in suo, aliud in extraneo, & de suo loqui Iulianum, de extraneo Papinianum, quem refellit l. nam nec emancipatus. de leg. 1. Secundò soluit Accurs. aliud esse in suo, aliud in herede eius, quia & de herede tantùm fit mentio. d. l. miles. §. vlt. idque probat Bartol. ad. l. qui filiabus. Cui solutioni color posset accedere, quòd regulà illa, qua dicitur heredi à semetipso legari non posse, locum in filio minime habeat. Quamuis enim patris & filij vna eademque videatur persona, à filio tamẽ patri legari potest, & contrà, l. à filio. l. quæsitum. §. 1. D. de leg. 1. Ergo non mirum, si & regula illa stricti iuris locum non obtineat in filij abstinentis persona, quem legatum totum etiam pro ea parte, qua à seipso est relictum, petere posse Iulianus dicat, d. l. qui filiabus. cum seq. cùm aliud sit in herede eius: quia heredis fauor & in aliis iuris partibus minor est, argumẽ. l. rei iudicatæ. §. 1. sol. matr. cum similibus. Verior tamen ratio huius solidi legati petitionis, quam Iulianus probat, hæc potest adferri. Quamuis enim inutile sit legatum, quod heredi à semetipso

relinqui

relinquitur, tamen locum non habet regula in eo, qui repudiatione, omißione, aut abstentione heres non est, idque ex ratione ipsius regulæ patet. Ideo enim à seipso heredi legari non potest quia à seipso vindicare non potest, d. l. legatum. §. 1. de leg. 1. At verò qui repudiauit hereditatem, non à seipso, sed ab herede vindicabit, vt non mirum, si totum legatum vindicet, secundum Iuliani sententiam, cùm nullam eius partem iure hereditario capiat. Cui non obest Papinianus in d. l. miles. §. vlt. Illa enim verba, *præceptionum portiones, quæ pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti*, hanc vim habent vt totũ id quod prælegatũ est præstetur, pro partibus coheredum, quasi totum iure legati debeatur repudianti heredi, aut abstinenti, cùm si heres fuisset, pars iure legati tantùm deberetur, d. l. 1. §. si quis ex mortis. D. Quor. legat. Ergo illa verba, *quæ pro parte coheredum constiterunt*, perinde sonant, ac si dixisset, præceptionum portiones pro partibus coheredũ deberi. Quia & pro partibus ab eis legata præstanda sunt, siue hæ partes hereditariæ sint, siue viriles, secundum distinctionem Iureconsulti d. l. si heredes. D. de legat. 1.

An verum sit, per vulgarem substitutionem, filium de suo fieri arbitrarium.

CAP. XVII.

VLTIMVS huius substitutionis effectus in eo constituitur à Bart. vt de suo faciat voluntariũ. Nam cùm sui, iidem etiam necessarij sint heredes, §. sui autem. Instit. de hered. qual. & diff. si vera est hæc traditio, incipient arbitrarij esse, cùm formula, *si heres non erit*, etiam, *si noluerit*, formulam tacitè

continear

contineat, vt alias ostendimus. Sed id videtur ab antiquis, temerè, & periculosè, dictum creditumq;, neque lege aut ratione nititur talis assertio. Antiquior huius sententiæ auctor videtur Accurs. qui id obiter dixerat l. Papin. §. quarta. D. de inoffi. testam. sed lege destituitur qua probet. Et sane absurdum est, suum heredem institutum non vti abstinendi beneficio, si substitutus ei datus fuerit. Cùm tamen ex sequentibus facilè probemus, abstinendi beneficio ei tãquam necessario heredi adhuc opus esse, l. si filius qui patri. D. de vulg. Si autem voluntarius esset, abstinere non deberet, l. iam dubitari. in fi. D. hered. inst. Ex cuius l. principio satis cõstat, post magnas varietates receptũ tandem fuisse, vt possit filius heres ita institui, *si uelit heres esse*. Quo casu, de necessario fit voluntarius, propter expressam & apertam testatoris voluntatem. At verò nunquam fuit admissum, vt generalis illa verborum conceptio & formula, *si heres non erit*, tantumdem efficiat, & qualitatem illam necessarij heredis, quã lex ix. tab. suo heredi impressit, §. necessarij. Instit. de hered. qual. tollat, & immutet in voluntariam & arbitrariam qualitatem. Verba enim illa minus generalia sunt, & ratione filiorum suorum ita interpretanda, vt ab iis absit voluntatis quæstio, vtrum népe heredes esse velint, an non, quæ ipsis conuenire non potest, sed aliam illis congruentem interpretationem recipiant, videlicet si heredes esse non possint. Denique si hic esset singularis effectus vulgaris substitutionis, vt illi volunt, non expressæ tantùm, sed etiam tacitæ aptari deberet. Cùm tamen certum sit adhuc manere necessarium suum heredem, cui tacita vulgaris substitutio facta est, arg. d. l. si filius. qui patri. 12. D.

de vulg. In qua mentio prætoris arguit de abstinendi beneficio tractare Iureconsultum, eoque maximè cũ dicat, onera hereditaria non sponte suscepta à filio herede instituto, cui datus erat substitutus. Ex quibus euidens est, non efficere substitutionem, quin adhuc maneat necessarius: vt mirum sit, interpretes huius legis auctoritate niti, quæ tantopere eis aduersa est. Minus adiuuantur l. si filius heres. D. de lib. & post. Cuius quidem species perplexa est, & nogotium fecit interpretibus, tam antiquis, quàm recentioribus. In eo tamen nulla dubitatio subest, in filij heredis instituti arbitrio, & voluntate, non fuisse, vt heres esset necne, quando tempus tantùm mortis filij, heredis instituti, attendat Africanus, quod ante natiuitatem postumi contigit, non verò tempus aditæ hereditatis. Vt indubitatum sit, substitutionem vulgarem, heredi suo & necessario factam, legitimam qualitatem, quam lex ei dat, immutare non posse.

Quando extinguatur, & finem accipiat vulgaris substitutio, siue expressa, siue tacita sit.
CAP. XVIII.

CVM de fine vulgaris substitutionis quærimus, sciendum est eam extingui antequam superiores effectus producat. Non enim substitutionem id efficientem consyderamus, & quæ re vera iam nata sit, sed spem eius tantùm & florem, qui perimatur cadatque. Alioqui si veram substitutionem, & superiorum effectricẽ, hic intelligeremus, necessum esset statuere, finiri vulgarem substitutionem antequam nata sit. Quod sic colligo. Nascitur substitutio, vbi quis heres non est. Finitur verò, vbi heres est. Nascitur ergo

vt effi

vt efficiat, viresque habeat. Finitur verò, antequam ex se quidquam producere posſit. Vt dicendum ſit cùm de natiuitate ſubſtitutionis quærimus, vim & effectũ eius nos intueri, cùm de fine verò & extinctione ſpẽ tantùm & florem conſyderare. Statuendum igitur, finiri vulgarem ſubſtitutionem aditione hereditatis, l. poſt aditam. C. de impub. id eſt, omnem eius ſpem ſublatam eſſe. Quemadmodum certum eſt eam continuò incipere vbi quis noluit heres eſſe ſiue repudiando, ſiue omittẽdo hereditatem, l. filium. 60. D. de adq. hered. Repudiat quis cùm expreſſè, omittit cùm tacitè nõ vult heres eſſe, aut non poteſt. Idemq; iuris quantùm ad finem huius ſubſtitutionis in abſtentione eſt, veluti cùm ſui heredes eſſe nolunt beneficio prætoris. Ergo hereditatis adquiſitio ab instituto facta, mors eſt vulgaris ſubſtitutionis, ſicut omiſsio eiuſdem initium & vires ei præbet. Quæ de aditione dicimus, eadem & in geſtione pro herede, & immiſtione, aliis-ve hereditatis adquirendę modis, tenenda ſunt. Idq; adeo verum eſt, vt quamuis plures gradus ſint ſubſtitutionum, inſtituti aut prioris ſubſtituti aditione cæteri corruant, l. ſi mater. §. 1. D. de vulg. l. cum in teſtamento. in prin. D. de hered. inſt. Quærit Bartol. vtrum aditione vnius ex inſtitutis expiret vulgaris ſubſtitutio. Quod dubitationem magnam non habet, ſiue omnibus & ſimul, ſiue ſingulis factã ſubſtitutionem dicamus. Nam ſi omnibus, vnius aditio ſubſtitutionẽ excludet. Quia neceſſe eſt, nullũ ex inſtitutis heredem eſſe, antequam locus ei ſit, l. quãuis. C. de impub. Idque etiam in pupillari ſubſtitutione obtinet, quę duobus impuberibus ſimul facta locum non habet, niſi vtroq; decedente, l. qui duos impub.

D.de vulg. Adcreſcet ergo aliorum deficiētium portio coheredibus adeuntibus, non verò deueniet ad ſubſtitutos, niſi voluntas teſtatoris aliud vrgeat. Quia & hæc eadem ſi dominetur, diſiunctos & ſeparatim ſubſtitutos adhuc poſtponemus cōiunctis, vt in ſpecie l. quidam teſtamēto. D. de vulg. Neq; obſtat quod dicitur, ſubſtitutum præferri coniuncto, l.2.§.ſi duo. D. de bo. poſſ. ſecun. tab. Id enim obtinet, ſi ſingulis ſubſtitutio facta ſit d.§.ſi duo. Quo caſu adeunte illo cui ſingulariter ſubſtituitur, expirat vulgaris ſubſtitutio ei facta, nō item aliis præiudicium adfert. Dubitant præterea interpretes, vtrum exiſtentia ſui heredis impediat ſubſtitutum vulgarem, qua in re ſoleo vti certiſsima ratione. Si enim ius adcreſcendi cedat ſubſtitutioni, l.2.§.ſi duo. D. de bo. poſſ. ſec. tab. auth. hoc amplius. C. de fideic. cū ſimil. ergo & ſui heredis exiſtentia. Quia vtroque modo adquiritur hereditas ipſo iure, & neceſſariò. Ideoque & ſui, neceſſarij heredes dicuntur, §. ſui autem. Inſtit. de hered. qualit. & diff. Quod enim iure adcreſcendi inuitis nobis adquiritur, ipſo iure ſeu lege fieri, probat l. qui patri. D. de adq. hered. l. ſi in teſtamēto. D. de vulg. Quod autem ſuitas ipſo iure heredē faciat, docet l. pen. §. pen. D. de bon. lib. l. creditor. 52. D. de act. emp. Neq; obſtat l. ſi filius heres. D. de lib. & poſt. In qua filius inſtitutus heres, omiſso poſtumo, cui nepos ex eo ſubſtitutus eſt, ſi extiterit heres & moriatur, nepos ei ſuccedet non tanquā ſubſtitutus, & ex teſtamēto, ſed tanquā ſuus ab inteſtato. Quia reſpondeo potius cōtrariū ea l. probari, & dationem ſubſtituti impedire exiſtētiæ effectum. Sed quia perplexiſsima eſt l. illius ſpecies, & ſententia, in qua etiam doctiſsimi recentiorum

tiorum insudarint non parum, placet eius declarationem breuiter subiicere. In ea igitur ponendum est cũ erudito Cuiacio, tractatu 4. ad African. & Obseruat. lib. 3. c. 21. filiũ heredem institutũ omisso postumo, cui datus erat substitutus nepos ex eo, decessisse nõdum nato postumo, deinde postumũ natum. Cuius natiuitas quia rupit testamentũ, ideoq; & substitutio, quæ eius pars, etiã extincta est, sic vt nepos ex testamento nullo modo venire posit, sed ab intestato tãtùm cũ postumo, ita tamen, vt videatur solus fuisse heres tam patri, quàm auo, sed diuersis tẽporibus. Et patri quidem ante natiuitatẽ postumi, in bonis videlicet quæ pater habuit. Itẽ auo, per rupturam testamenti. Atqui auo non succederet, si pater eius heres ei extitisset cũ effectu, quod non potuit propter dationem substituti. Idq; manifestè ostẽditur in secũdo responso illius l. In quo nullo dato substituto, filius heres existit auo, non item nepos, id est, natiuitate postumi existit filius heres patri vna cũ postumo, non item nepos. Ergo, si in præcedente specie natus non fuisset postumus, nepos ex substitutione venisset, nec existẽtia patris eius eum repulisset, vt factum est in 2. responso. Ex quibus apparet, cùm tota l. difficultas versetur in natiuitate postumi, necessariò prẹmittẽdam & allegandã fuisse. Et verò existimo, Africanum eam partem facti nunquã omisisse, nec tãto studio breuitatis fuisse ductũ, vt clauũ totius quæstionis negligeret. Credo potius, librariorũ incuria fuisse transcursam, geminatam dictionẽ, quod alias in auctoribus solẽne est mẽdi genus. Nã quin ita scripserit Africanus, lector attentus nũquam dubitabit, *Si interim moriatur filius postumo nõ nato, nato, tam patri quàm auo nepotẽ suum heredem futurũ.*

Ceterũ in eo mihi repræhẽdẽdus Bart. videtur, quòd velit, existentiã sui heredis excludere tacitã vulgarẽ. Nam argumentum, quod ab expressa pupillari trahit, infirmum est, cùm diuersis temporibus pupillaris tacitæ vulgari adhæreat, nec simul vnà vnquam esse possint, vt aliàs ostendi. Ergo quæ in vna statuta sunt, ad aliam non sunt producenda. Quin potius, regulas vulgaris expressæ ad tacitam porrigemus. Magis iuuaret Bartolum, vulgarem tacitam etiam à iure & à lege esse, rescripto nempe Diuorũ fratrum, d.l. iam hoc iure non igitur habere, prætextu voluntatis defuncti, vim & effectum existentiæ sui heredis impedire, quæ etiam à lege est. Sed responsum præsto est, diuersam esse vtriusque rationem. Siquidem existentia sui heredis à mero iure ciuili pendet, & ex consequentia patriæ potestatis venit, quæ tota iuris ciuilis est. At verò tacita vulgaris quamuis rescripto Diuorum fratrum fuerit introducta, innititur tamen verisimili voluntati defuncti, cuius iudicium Diui fratres sic verisimiliter interpretantur. Itaque repugnante testatoris voluntate, non solet induci talis interpretatio substitutionis, d.l. iam hoc iure. circa fi. Sequens quæstio est, vtrum is qui nõ possit iure ciuili heres esse, sed prętorio tãtum, repellat substitutum. In qua Bart. sui dissimilis est multaq; falsa congerit, quæ cùm sola lectione deprehendantur, nostra refutatione non indigent. Hac in re tamẽ ita tenẽdũ existimo, siue necessaria sit bonorũ possessio, deficiẽte videlicet iure ciuili, vt in casibus quibusdã notatis ab Accurs. in l. vlt. in glos. magna. C. vnde legit. siue arbitraria, prætorium hunc heredem repellere substitutum. Quia certũ est, in omnibus bonorum

norum possessores vice heredũ haberi,l.2.D.de bon. poss. Et vt hereditatis,sic etiam bonorũ possessionis appellatio iuris est,l.3.§.1.D.eod.Quòd si minus iuris bonorũ possessori,quam heredi,erga substitutum tribueremus,non quæreret Iureconsultus,quãdo cedat tẽpus bon.poss.petendæ furioso,cui datus est substitutus,l.1.in pr.D.de bon.poss.fur.&c.Nõ itẽ disertè traderetur, quando primo gradu scriptis heredibus, quando secundis cõpetat,l.2.§.defertur.cũ seq. D.de bon.poss.sec.tab.Et in summa, cùm per agnitã bon. possessionem inducatur gestio pro herede,l. puberẽ. C.de iure delib.ergo nocebit substituto,quemadmodum & aditio.Hæc autem intelligenda sunt,maximè in bon.poss. sec.tab. cùm secundũ voluntatẽ defuncti detur. Nam bonorum possessio contra tab. cõtra voluntatem competit,l.si cum patrono.§.1.D.de bo. posses. quia & ipsum testamentum petit,l.4. in prin. D.de cont.tab.Et verò per hanc, heres institutus nõ repellit substitutum.Siue enim filius sit,non dabitur ei,cùm possit secundũ tab.habere,l.3.§. si quis ex liberis.D.de cont.tab.Si autẽ patronus, cui etiã prætor pollicetur,l.6.in prin.D.de bon.poss.§.1.Instit.de success.lib.is quidẽ heres potest contra tab. obtinere possessionem,sed pro rata portionis debitæ, arg.l.in conditionibus.29.§.si patronus. D.de cond.& dem. Ex qua etiam colligitur, quòd quamuis loco heredis bonorum possessor.cont.tab. instituatur, tamen hæc conditio,*si heres non erit*,deficit per huius possessionis agnitionem.Quęrunt præterea interpretes,nũ tacita vulgaris emancipatione filij extinguatur. Gulielm. Cuneus credidit finiri, habetq; Rayneriũ & Bartolũ sequaces. Ego aliter sentio. Quia si à casu mortis, ad

casum emancipationis, valet argumētum, notissima, l. Gallus. §. & quid si tantùm. D. de lib. & post. filia autem impubes, viuo testatore mortua, non excludat substitutum, arg. l. Thais. §. Splēdophorus. D. de fid. lib. ergo idē in emācipata dicēdum erit. Durat enim semper ratio voluntatis, qua dicimus, voluisse patrem eundem sibi heredem facere, quem & filio fecit. Idq; notissima collatione sequentis quęstionis apparebit, in qua tenemus, adhuc vulgarem tacitā superesse, etsi pubes fiat pupillus viuo testatore, vt omittam regulā qua dicimus vtile per inutile nō vitiari. Neq; obstat, quod pupillaris expressa, quæ hanc continet, perēpta sit, l. coheredi. §. cū filiæ. D. de vulg. Nā sæpius ostendi, & maximè in primo effectu, nō contineri alterā in altera vt simul cōsistere debeāt, quinimo & distingui. Deniq; casum vulgarē vel contingere prius, vel etiā subsequi. Nam post delationem, prius est vt quis heres non sit, quàm vt in pupillari ætate decedat. Neque est imputandum testatori, si sibi non prouidit, vt voluit Bart. arg. l. tractabatur. D. de milit. testa. quia potius sibi prouidit, cùm nō mutauit, & tacitè dedit intelligi, cū se velle habere heredem, quē filio dedit. Deniq; nihil imputatur patri, si filius in eius vita mortuus sit, neque propterea desinit esse substitutio, d. §. Splendophorus. Ergo in emancipato idem iuris erit. Item dubitāt, si pupillus pubes fiat, viuo testatore, an perimatur vulgaris tacita. Cuius quæstionis grande est præiudicium, in superiore. Duo enim sunt maximè necessaria, ad pupillarem instituendam, vt videlicet sit in potestate, & impubes, neque plus momenti in vno quàm alio, video constitui, l. 2. in princ. D. de vulg. Atqui si emancipatio tacitam vulgarem non

tollit

tollit, nec etiam pubertas. Et de pubertate sensit rectè Accurs. in l.lex Cornelia. in verb. duod. tab. D.eod. Quem plerique veterum, hic à Bartolo enumerati, non admiserunt, quorum aliqui tantùm producunt l. qui habebat. D.eod. quæ de pubertate non loquitur, & ad impuberes tantùm pertinet. Alij vtuntur auctoritate l. si fundum per fideicommissum. 92.§.vlt. cum l.seq. D. de legat.1. vbi fideicommissum ab impuberis relictum euanescit pubertate. Nec mirum, quia & pupillaris substitutio extinguitur, vt notum est, à qua sola pendet fideicommissum. At verò directa vulgaris non propterea perimitur, sed per aditionem pupilli tantùm. Quia per eam non pupillo, verùm testatori succeditur, vt iam diximus, verumque est aliud esse, si testator heredem habeat, aliud si pupillus. Quia & notum est, heredem posse habere testatorem, quamuis eo pupillus careat. Ex quibus patet, inutilem esse Bartoli distinctionem hic subiectam, quæ expressæ pupillari tantùm conuenit, non item vulgari tacitæ, cuius aliæ iuris regulæ traditæ sunt. Vltima Bartoli quæstio, satis ex declaratione præcedentis apparet.

* * *

Finis libri primi.



CLAVDII CHIFLETII IVRECONSVL. SEQVANI DE PORTIONIBVS legitimis, liber singularis.

* * *

Quid sit deducere, & de variis portionibus legitimis in genere. CAP. I.



NTERRVPTI nostri superioris anni studij causas scitis ipsi: Nobis enim aptari non potest illud Poëtæ,

Hoc iter ignaui diuisimus altius ac nos,
Præcinctis unum.

Quia nec ignauia aliqua, nec tarditate est effectum, vt inchoatam substitutionum culturam deseremus. Fæcunditas quippe, & vbertas materiæ, ipsum pingue solum non tam nos lassauit, quàm laxauit, & diuisit operas nostras. Quas solidas Deo faciente in tempore exhibebimus, & bene cœptos conatus bonos ducemus ad exitus. Interim interiectaneam operam nostram accipite, vestrasque mihi rursum facile audiendi vices concedite, dum particulam iuris nostri vtilitate & difficultate commendabilem integro substitutionum operi quodammodo intercalamus. Docere enim instituimus quid leges præ-

scribant

ſcribant circa variarum portionum deductiones, quæ diuerſis ex cauſis conceduntur. De iure igitur deductionis, & portionibus legitimis, earumque differentia dicturis hic à nobis ſeruabitur ordo, vt explicato deducendi verbo, varietates earum portionum, quas leges detrahi concedunt, enumeremus. Quibus breuiter percurſis, de legitima Trebellianica, & Falcidia ampliore tractatu differemus. Deducere igitur, ſiue detrahere, minuere eſt, vt apud Comicum, *deducere cibum.* Itaque hic deducere nobis erit, portionem legis beneficio conceſſam, de ſolido vel retinere, vel actione petere. Meritoque adieci, *portionem legis beneficio conceſſam:* Quia neque totum eſt quod deducitur, ſed portio tantùm. Neque vlla deductio eſt, quæ non à lege conceſſa fuerit, vt portiones huiuſmodi poſsint iure legitimæ nuncupari. Exempla in Falcidia & Trebellianica habemus. Quarum illa per legem minui dicitur. l. in quantitate. §. vltim. D. ad l. Falcid. hæc verò etiam ad exemplum illius. §. ſed quia heredes. Inſtit. de fideic. heredit. Ergo & ipſo iure. Ipſa denique legitima, quæ debitum bonorum ſubſidium appellatur, à lege eſſe nomine ipſo arguitur, vt ampliore tractatu oſtendemus. Quod verò ſequitur in definitione, vim & effectum duplicem deductionis oſtendit. Illa enim vel retentionem parit, vel ſi quo caſu in alium iam tranſlata fuerit portio, actionem ad eam repetendam aut vindicandam miniſtrat. Sic portio legis Falcidiæ olim tantum retinebatur, poſtea & repetitio inducta eſt, l. penult. C. ad l. Falcid. Vno caſu etiā vindicatio competit. l. lineam Margaritarum. D. eod. Eadem retentio & repetitio, in Pegaſiano permiſſa eſt.

est.§.sed quia heredes.Instit de fideic.hered.l.heres. 21.D. ad Trebellian. Retinebitur ergo opposita exceptione doli mali, vbicũque enim ipso iure aliquid competit, huic exceptioni locus est.l. qui decem. in princ. D. de solut.& liberat. Deductionum autem origo ex æquitate est, vice temperamenti cuiusdam, vt qui totum non habet, portionem saltem consequatur. Quarum vt variæ causæ sunt, sic & variæ quantitates. Aliàs enim sextans detrahitur, id est duæ vnciæ. Tot enim naturali filio leges cõcedunt. auth. licet.C.de naturalib.liber.Nou.de triente & semisse. §. consyderemus. Est & bes & dodrans in casu Nouellæ 117.§.porro. Aliàs quadrans est, vt infra distincto tractatu enumeratione accuratiore ostendemus. Aliàs verò triens, cuiusmodi in præmium emancipationis olim patri concedebatur.§.hoc quoque.Instit.per quas personas nob.adquirat. Item triens iure Longobardorum inductus, mulieri in bonis defuncti mariti conceditur: cuius meminit gloss. in cap. Raynutius. verb. tam tertia. extrà de testam. Est & quincunx, quæ portio, mortua olim in matrimonio muliere, à patre ex dote profecta apud maritum remanebat, pro singulis liberis. Vlpian.in Frag.reg.tit. de dotibus. Quod hodie immutatum est tam à Iustiniano in l.vn.§.taceat.C.de rei vxor.act. quàm consuetudine, quæ Martini opinione probatur, vt notatur in l.dos à patre.C.solut. matrim. Erat olim & senis in bonis liberti personæ patroni concessus, & ideo ad alium nequaquam pertineret l. cum patronus.28. de leg. 2. Appellatur verò modicum in l. libertus qui soluendo.36.D.de bon.libert. Quod tamen postea mutationem variam recepit, tandemque

senis

ſenis ad trientem à Iuſtiniano redigitur vno caſu. §. ſed hodie.inſtit. de ſucceſſ. libertor. Inuenio & dodrantem in vicem legitimæ filij aſsignari, puta, cùm naturales filij curialium, æquè adſcripti fortunæ curiali, à parentibus in minorem, quàm dodrantis portionem, heredes ſcribi non poſſunt. Nou.de natur.lib.89.§. ſanciendum autem. Conſulta verò opera, quartas portiones ſeu quadrantes referre in hunc locum diſtulimus, quia eorum vberior numerus, de quibus ampliorem tractationem paramus, in ea recenſione animaduerti multipliciter à noſtris peccari, dum colligendi aut verius conuaſandi ſtudio non quartas tantùm, ſed etiam alterius generis portiones referunt, & quod in vna eſt poſitum cognitione, in diuerſas diſtrahunt. Simplicius multò Accurſius in hac enumeratione verſatur in gloſſa legis in quartam.D.ad leg.Falcid. Nos eas referemus, quas ſolas hoc nomine & tractatu dignas exiſtimamus, his priore loco poſitis, quæ minùs difficultatis obtinere videbuntur. Occurrit igitur primùm quarta, quam de propria ſubſtantia retinet curialis factus clericus in caſu auth.ſed neque.C.de epiſcop. & cleric. Item illa, quam habet curia, ſi curiali ſuccedat extraneus.l.1.C. quando & quibus quarta pars. lib.10. Quam eadem curia habet, ſi Decurionis filius qui patri ſuccedit, curiali fortunæ non ſit adſcriptus. l. communium. §. ſed ſi quidem. C. de natural. liber. Item alia quarta, quam habet filius qui eſt curialis in bonis patris, etiamſi legitima ei relicta ſit, l.2. C. quando & quib. quarta pars. quæ hodie verſa eſt in dodrantem. Nou. 89. Eſt & præterea quadrans qui fideicommiſſario debetur, cùm heres rogatus eſt; vt

quod

quod superterit ex hereditate restituat ei. authen. contra cùm rogatus. C. ad Trebell. ex Nou. de restit. 108. hæc autem ab illa quæ Senatusconsulto inducta est differt, quia hanc retinet heres, illa fideicommissario debetur. Insuper quarta mulieri indotatæ & egenti, post mortem mariti conceditur, si non plures quàm tres liberos habeat. authent. præterea. C. vnde vir & vxor. Item alia, quam habet vxor indotata, & repudiata sine causa. l. vltim. C. de repud. & iud. siue vera vxor fuerit, d. l. vlti. siue pro vxore ducta. Nou. 74. §. porro quoniam. Denique assignatur ventri, si alij filij sint eodem gradu, quadrans ex ratione nobilissima l. antiqui. D. si pars heredit. petat. Fuerat & quarta, quam agnati à nepotibus ex filia, in successione ab intestato olim consequebantur. l. si defunctus. C. Th. de legit. hered. quam Iustinianus sustulit. l. fina. C. de legit. lib. & ex filia nepotib. §. vlti. Inst. de success. ab intestato. Præterea est quarta bonorum, qua multatur, qui intra statutum tempus accusationem cœptam non persequitur. l. 1. C. vt intra certum tempus criminal. quæst. term. Dixi, *persequitur*, non *peregerit*. Nam id in iudicis, non accusatoris est potestate positum. Olim etiam quarta debebatur accusatori in bonis damnati, qui accusationem peregisset, idque Neronis instituto. Suetonius in eius vita. Sed hic quadrans Neronianus in vsu esse desiit, reducta lege Papia quæ tertiam introduxerat, vulgare præmium appellatam in l. edicto. §. 1. D. de iure fisci. Cuius tertiæ portionis métio fit in l. 1. C. de his qui se deferunt. lib. 10. Sequitur quarta legitima quæ vulgò D. Pij vocatur. Quia eam tribuit filio adrogato, in bonis patris adrogatoris. Habet enim aucto-

rem D. Pium, cuius constitutione & rescripto dicitur introducta.l. Papinianus.§.si quis impubes.D.de inoff.test.l.1.§. si impuberi. D.de collat.bonor. Eam itaque filius dicitur habere principali prouidentia l. si adrogator. D.de adopt. vt meritò Imperator in §. sed etsi decedens.Instit.de adopt.dicat, *iubetur quartam partem*, &c. Habet verò locum hic quadrans, vel si à patre adrogatore exheredatus filius, vel si viuo eo sine causæ cognitione emancipetur.d. §. sed etsi decedens. Nam si causa cognita fuerit emancipatus, quartam perdit l.vlt. D. si quid in fraud. patr. Ab intestato autem non competit hæc portio, cùm tunc iure successionis hereditatem patris adrogatoris obtineat,l.pen.§.vlt.C.de adopt. Hæc verò quarta, quota non est successionis aut hereditatis, sed bonorum. Ideoque in ea, nec heres, nec bonorum possessor dicitur filius adrogatus.l.2.§.1.D.Fa.ercisc. Quamobrem concessionis huius, & quartæ legitimæ hic est effectus, vt eius nomine creditoribus hereditariis non teneatur adrogatus. Quia cùm ex bonis detrahatur, bona autem non intelligantur, nisi quæ deducto ære alieno supersunt l.subsignatum.§.bon. D.de verbor. signific.l. mulier bona. de iure dot. ad quartam hanc non ante perueniemus, quàm creditoribus omnibus sit satisfactum. Est & alius effectus, vt querelam inofficiosi testamenti remoueat.d. l.Papinianus.§.si quis impubes. Item alius, vt in ea quidé directò pupillariter pater adrogato substituat, fideicommisso autem onerare minime possit, l. si adrogator. 22. D. de adopt. hæc enim quarta, cùm, vt diximus, principali prouidentia, non iudicio testatoris,adrogato competat,ideoque inter proprias eius

eius facultates censeatur, merito continetur fideicommisso.l.coheredi.§.cum filiæ.D.de vulg. Præterea & hoc efficit, vt in heredem adrogati transferatur eius quartæ petitio, quia personalis actio est.l.1.§. si impubere.D. de collat.bonorum. vnde fit, vt si patris naturalis bonorum possessionem petat adrogatus, de quarta conferenda fratribus suis cauere eum oporteat,d.§.si impubere. vbi ait Iureconsultus, nasci eiusmodi petitionem, tam adrogato, quàm eius heredi, mortuo patre adrogatore. Idque probatur l. vltim.D.si quid in fraudẽ patro. & d.l.si adrogator. Postremò efficit hoc ius quadrantis, vt in adrogati fraudem alienatum, per Caluisianam & Fauianam reuocetur, d.l.vlt.si quid in fraudem patroni. Cessat verò hæc quarta duobus casibus, vel si causa cognita fuerit emancipatus,vel si per Sabinianũ Senatuscon sultum ex tribus maribus filiis fuerit adoptatus, non item adrogatus, cùm tamen ante Iustinianum eo casu, tanquam adrogato, quarta ei seruaretur.§. sed etiam.Instit.de heredit.quæ ab intestato defert.

De legitima portione, quæ naturæ ratione debetur. CAP. II.

PROXIMVM est vt de legitima portione videamus. Cuius declarationem ideo hic distuli,quia leuiora illa prius tractanda fuerunt,& quia originem à quadrante habuit, quamuis postea varias mutationes receperit. De nomine igitur prius. Tum sequetur tractatio à quo iure sit,cur inducta,quota sit,quibus debeatur, vnde deducatur, & quomodo, quid in eam imputetur, quibus actionibus petatur, & quãdo, an tolli possit,denique quibus cesset casibus.

Legitima

Legitima ergo modo Falcidia dicitur, l. quisquis. §. ad filia. C. ad l.Iul.maiest. auth. vnde si parens. C. de inoffi.testam. modo debitum bonorum subsidiũ. l.5.C.de inoff.donat.modo debita portio,l.8.§.vnde. C.de inoff.& aliquando simpliciter debitum, vt initio Nou.18.aliàs etiã portio legitima. l. humanitatis. C.de impuber.l.quæ nuper.l.si quis.C. de inoff. Est verò pars debita debitæ partis, nempe quota pars debitæ ab intestato bonorum portionis, lege concessa. Quotam dixi,quia non vna est portio, sed pro liberorum numero varia, vel enim triens est, vel semis, vel dodrans d.Nou.18.in princ.Adieci, *debitæ ab intestato bonorum portionis.* l.8.C. de inoff.& studio bonorum mentionem feci, quia non est hereditatis quota, sed bonorum, l.2.§.si quarta.D. fam. erciſc. l.cum quęritur.D.de inoff. Baldus in l. quotiens.C. de heredib. instit.Iason in authen.nouissima.n.3.C. de inoff. Et hodie quidem de triente vel semisse deducitur,d.Nou. 18. Non quod eæ partes ab intestato debeantur,sed quod hic sit deducẽdi modus à Iustiniano inuentus. Debetur quidem etiam hereditas legitimis, seu cognatis.l. vltim.§. penult.C. de codicill.sed euidentius descendentibus, aut ascendentibus,argumen.l. in suis.D.de liber.& postum. Collaterales enim, siue agnati vel cognati sint, excluduntur à legitima, quia & à querela. Sic filius, qui superstite patre liberos relinquit, nullam patri legitimam debet, quia descendentium, quàm ascendentium, in successione potior est ratio. Idemque in matre dicendum, cum Senatusconsultum Tertullianum, liberis existentibus, locum non habeat, totis titul. D.& C. de Senatusconsultum Tertullia-

tull. Non obstat definitioni authen.si qua mulier.C. de sacrosanct.eccle.l.quisquis.§.ad filias.C.ad l. Iul. maiest.& Nou.1.de heredib.& Falcidia.§.si quis autem non implens vbi qui prohibentur à successione, non prohibentur à legitima. Nam respondendum est, ibi leges nominatim legitimam excipere, quæ aliàs regulariter deberetur. Et ita Alexander respondit consil.168.num.7.idemque Carolo Ruino visum est consil. 27. num.7. lib.3. vt merito definire quis possit ea statuta quæ à successione arcent, & à legitima excludere, nisi specialiter seruata sit, verumque esse quod maior pars interpretum statuit, exclusum à successione & à legitima excludi. Quia hæc sine illius analogia fieri non potest, si de ea non constet. Non constat autem si non competit. Atque ita Bartol.& Castrens.in l.Titio centum.§. Titio genero.D.de condit. & demonst. Alexander consilio 68. colom.penult.& seq.volum.4.

A quo iure sit legitima naturæ ratione debita. *CAP. III.*

DE HVIVS porro portionis origine, & quo iure inducta, videndum: variè enim ea res controuerti solet. Esse autem lege inductam, legitimæ appellatio, quam propriam sibi fecit, satis indicat. Quinimo dicitur deberi ex legibus l.6. §. sinautem. C.de sec. nupt. Et leges hanc portionem definiuisse dicuntur, l.scimus.§.cum autem.C.de inoffic. Ergo lege capitur hæc portio, & necessario.Nou.de heredib.& Falcid.§.si quis autem non implens. Sed qua lege, aut qua iuris parte inducta fuerit, ambiguum est. Sunt qui à lege Glicia deducunt. Cuius legis

vnica

vnica est mentio in tota antiquitate, nempe in inscriptione l.4.D.de inoffic. testam. Quæ sumpta est ex libro singulari Caij ad l.Gliciam. Hanc verò sententiam verisimilem non esse postea ostendemus, cū demonstrabimus, ius querelæ antiquius esse iure legitimæ. Iidem auctores, mutata sententia, tribuunt originem quadrantis huius, constitutioni D. Marci, moti auctoritate Nicephori historię ecclesiasticæ lib. 3.c.31.cui sententiæ multa repugnant. Primùm, quia ante D. Marcum quartæ huius portionis mentio fit à Plinio Cecilio epist.1.lib.5. Præterea videtur quarta D.Pij ad eius exemplum introducta. Pius tamen Marco prior, tamquam pater filio. In summa si à constitutione esset, constitutioni etiam tribueretur legibus nostris. Quod non est à Iureconsultis factū. Quin potius legitimæ, tamquam à lege non constitutione esset, appellationem retinuit. Dicique posset, plebiscitum Falcidianum non tantùm quadrantem in hereditate legatis exhausta induxisse, sed & hunc de quo agimus, cùm toties hæc portio Falcidia dicatur l.31.C.de inoff.test.l.5.C.ad l.Iul.maiest. &c. Quinimo apertè iure Falcidiæ deberi ait Iureconsult.in l.Papinian.§.meminisse.in fi. D. de inoff. testam. Quam vt de legitima intelligamus, nihil impedit, cùm ibi querelæ institutæ mentio, portionis etiam legitimæ subiectam à Iureconſ.mētionem arguat. Pręterea, portio liberis cōcessa in bonis damnati, huius exemplo videtur inducta, licet hodie quantitas maior sit, cùm dimidiā esse Theod. & Valent. voluerint. l.vltim.C.de bon. proscript.& damnat. Quæ tamē Tyberij & Neronis temporibus visitata fuit Corn.Tacit.lib.3.& 13.annal. vt verissimile

sit, hanc legitimam portionem ante Tyberium obtinuisse, & ad Augusti tempora posse referri, quibus etiam debetur lex Falcidia. Sed paulò rectius forte statuerimus, si dicamus, ex huius sententia & interpretatione illam nostram legitimam inductá esse, quomodo tutelam legitimam patronorum, parentum,&c. dicimus introductas. Nam & Augusti temporibus; quibus Falcidia emersit, videtur nondum pars eius definita fuisse. Probantque Votieni Montani oratoris illorum temporum celeberrimi verba, qui cum apud centumuiros pro Galla diceret, circa Augusti extrema tempora, quæ ex vncia heres patris sua erat instituta, quamuis illi obiiceretur veneficij crimen, tamen dixit, *unciam nec filiæ deberi nec uenefica. In paternis tabulis filiæ locus aut suus debetur, aut nullus. Relinquis nocenti nimium, innocenti parum. Non potest filia tam anguste paternis tabulis adhærere, quas aut totas poßidere debet, aut totas perdere.* Hæc Seneca pr. controuers. 28. Quæ cùm apud Centumuiros dicerentur, de inofficioso actum ostendunt, non de veneficio. Itaque si pars definita fuisset, non bene dixisset Montanus, filiam aut totas posſidere debere, aut totas perdere. Vulgus interpretum hanc definitioné quadrantis iuri naturali adscribit, adeo vt plerique naturæ quartam dicant. Quod falsum esse vel ex eo patet quia non solùm quadrans iure naturæ debetur filiis, sed tota hereditas.l.cum ratio.in pr.D.de bon. damnat. Quinimo cùm de naturali iure filiorum in bonis patris leges loquuntur, indefinitè id faciunt arg.l.scripto.§.vlt.D.si tab.test. nullæ extab. Præterea cùm adoptiuis etiam competat, non solis naturalibus.§. tam autem. Instit. de inoffic. iuri naturali

tantùm

tantum minime poteſt adſcribi. Quid quod non ſola ſucceſsio filiorum, ſed & agnatorum, cognatorum debita dicitur? l.fin.C.de cod.id eſt, naturaliter debita. Nam & talis inter eos ſucceſsio, ſiue teſtamentaria ſit, ſiue inteſtata, naturale debitum clarè appellatur ab Imp.l.vn.C.lib.10.de impon.lucrat. deſcript.Et verò inconcinna eſſet appellatio legitimæ, ſi eam iuri naturali tribueremus, cùm ex vſu Iuriſconſultorum noſtrorum legitimæ aut legitimi vocabulum iis tantùm tribuatur, quæ legibus iure ciuili introducta ſunt, vt veriſimilem dici poſsit quomodo ceteri omnes quadrantes à iure ciuili determinationem ſumpſerunt, ſic & hanc portionem legitimam, & verè conſtitui, eſſe portionis naturalis particulam lege taxatam.

Querelæ origo antiquior ne ſit quadrante legitimo. CAP. IIII.

VIDENDVM porro, vtrum eodem iure, quo & querela inofficioſi, huius quadrantis legitimi introductio facta ſit. Nam id à quibuſdam contenditur. Qua in re, inquirendum prius in querelæ originem. Iure ciuili inductam eſſe negant, argumen. l.non putauit. in princ.D. de bon.poſſ.ſec.tab. Ex qua contrarium potius colligerem. Quia verum eſt illis verbis, *ſane ſi uelint*, declarationem regulæ contineri, vt alibi ſæpiſsimè fieri videmus, argumen.l. operæ. D. de oper. lib. Declaratio porro de regula eſſe debet, vt noſtri loquuntur. Quamuis enim exheredati, iure ciuili parentum teſtamenta non turbent, id eſt, ius non habeant dicendi vllum, neque propter exheredationem, teſtamenta aut rumpantur

aut infirmentur, tamen ad inofficiosi querelam admittuntur, quæ postea rescindit testamentum, vt notissimum est, toto tit. de inoffi. testam. Hoc igitur voluit I. C. d. l. non putauit. in prin. ipso iure (nam id valent illa verba, *iure ciuili*) exheredatos testamenta parentum non infirmare, sed per querelam. Denique illis verbis, *Sane si uelint*, non plus expresit, quàm in l. si post mortem. §. exheredati. D. eod. *unaque eis querela superest, si de inofficioso dicant.* Iuris autem prætorij non esse querelam ex eo manifestum est, quia qui heres erat testamento, desinebat per querelam heres esse, l. in substitutione. D. de vulg. Atqui prætor nec heredem facit. §. quos autem. Instit. de bon. poss. nec efficit vt desinat esse. l. ex duobus. §. vlt. D. de vulg. ibique notatur. Cui ergo parti iuris nostri querela tribuetur, aut cui legi accepto ferenda est? Esse quidem lege inductam, demonstrare videntur finalia verba tit. de inoff. testam. apud Iustin. *quibus agere de inofficioso testamento permittitur.* Legis enim virtus est permittere. l. legis virtus. D. de legib. arg. §. permissum. Instit. de tutel. Sed tamen, & permittere dicuntur Iureconsulti id, quod cõsensu receptum est, arg. §. licet autem. Inst. de testam. l. si longius. §. si filiusfam. D. de iudic. vt verè dici posit, lege, Senatusconsulto, aut prætoris edicto institutam non esse querelam, sed eo iure, quod consensu constat, vt de adquisitione per arrogationem dicitur, initio tit. Instit. de adquis. per adrogat. id est, moribus receptum esse querelam, quemadmodum & alia multa in iure nostro. Id mihi persuadent Iureconsultorum responsa, qui ius illius ex vsu recepto metiuntur. l. 4. D. de inoff. testam. in illis verbis, asiduè obtinere soleant. Denique cùm de

iure

iure fratrum & sororum in querela instituéda loquitur Iureconsultus, satis ostendit eos lege non arceri, cùm ita molliter de iis statuat, *melius facerent si se sumptibus inanibus non uexarent*. l. 1. D. eo. Vt igitur ad principalem quæstionem reuertamur, nõ potest idem esse ortus legitimi quadrantis & querelæ, cùm legitimam à lege esse nomen ipsum arguat, querela autem moribus inducta sit visu videlicet paulatim recepta, & confirmata. Est tamen querela antiquior ipso quadrante, cùm illius mentio non obscura sit etiam tempore liberæ reipub. vt exempla suppeditat Valer. lib. 7. c. 7. Quadrantis verò huius mentio tantùm post D. Augusti tempora & legem Falcid. à qua etiam nomẽ habere videtur, vt diximus suprà. Neque obstat l. 1. §. vlt. D. si quis à paren. fuer. manu. vbi quadrans videtur ius antiquum dici, respectu legis Papiæ, quæ iura patronorum stabiliuit. Nam verius est eam legem sic accipiendam, vt dicatur quadrãs ius antiquum comparatione prætorij illius edicti, quo pater tanquam patronus admittitur ad bon. poss. cõtra tab. filij emãcipati, tanquam liberti. Non quòd mens Iureconsulti fuerit, ius quadrantis vetustius facere commodis veri patroni. Manifestum est enim de imaginario iure tantùm loqui, quod parenti conceditur illo prætoris edicto: illud solùm possumus ex d. §. vlt. affirmare, quadrantis commodum etiam ante illud prætoris edictum fuisse.

Cur inducta sit portionis legitimæ definitio. CAP. V.

CVR verò introducta hæc legitimæ definitio fuerit, non vna reddi causa potest. Id enim euicit testamentorum fauor, ne videlicet temere turbarentur, si pars concessa saltem relicta fuisset. Nam

cùm per querelam teſtamenta reſcidantur, querelam autem quarta excludat, vt diximus, quartę cõſtitutio conſeruandorũ teſtamentorũ gratia facta eſt, quibus etiam in dubio iure querelæ, fauendum eſt, arg.l.ſi pars.D.de inoffic. teſtam. Præterea, tali definitione temperarunt leges ipſum ius naturale, quo vniuerſa ſucceſsio parentum filiis debetur.l.cum ratio in pr. D.de bon. damnat. Temperarunt etiam effuſam teſtandi licentiam, quam lex 12.tab. patribusfam. concedebat l.verbis legis.D.de verb.ſign.l.1.in prin. D. ad l. Falcid. & ſic patri filioque prouiderunt. Patri quidem, dum teſtamentum eius turbari vetant, quadrante conceſſo, filio, dum patris iudicium iniquius de ipſo, ad quadrantis quantitatem reuocant. Ergo hodie, quàm olim, paterni officij limites arctiores. Olim inofficioſi ſuſpicione non carebat, qui ad debitam ſucceſsionem filium non vocaret, hodie inofficioſus eſt tantùm parens, qui quadrãtem, aut quod quadrantis vice eſt, filio non relinquit. Officio enim functus, qui quotam legis concedit, l. Papinianus.§.quarta.D.de inofficio. teſtam.

Quota ſit portio legitima.
CAP. VI.

NVNC de taxatione legitimæ videndum, & quàm variè definita ſit. Olim quarta erat portio eius, quod ab inteſtato dabatur, d.l. Papin.§. ſi quis mortis. Quæ computatio adeo certa erat, vt ſemper liceret patrifam. de dodrante liberè teſtari. Nam ſiue vnus fuiſſet, ſiue plures, quibus de inofficioſo agere permittebatur, vna quarta eis omnibus relicta querelã excludebat. Hæc enim virilibus

& æquis partibus inter eos diuisa, quartam portionis ab intestato debitę reddebat.§.vlt.Instit.de inofficio. testam. In quo illa verba finalia, *& pro virili portione quarta*, reperi etiam in meis manuscriptis, quod & alij fecerunt. Quamuis non negem commodius abesse vocem vltimam, *quarta*, quæ etiam à plerisque Accursianis libris abest. Ergo loci illius hic est sensus, quartam omnium bonorum heredibus ad querelam venientibus relictam, & pro virilibus partibus inter eos diuisam, quartam debitæ successionis efficere. Si enim exempli gratia tres sint filij, quarta eis relicta, & viriliter diuisa, sic vt quisque vnciam ferat, non plus ea distributione singuli consequētur, quàm si quarta portionis ab intestato relicta fuisset. Hodie verò, lege noua Iustiniani, aucta sunt legitimæ iura, Nou.18.de triēte & sem.auth.nouissima.C. de inoff.testam. Nam quantò plus est in triente & semisse, quàm quadrante, tantò auctior facta est legitima hæc portio. In qua taxanda Iustinianus plus quā leges Papiæ, quæ liberorum frequentiæ fauebant, vidisse videtur. Olim siquidem, quò plures liberi erant, eò minor erat portio, d.Nou.de trien.& sem. in princ. At hodie, pro liberorum numero, variè aucta est. Vel enim triens est legitimæ partis, si infra quatuor sint, vel semis, si vltra, id est, legitima hodie vel triens est bonorum, vel semis. Itaque si plures sint personæ, dum tamen intra quatuor, quibus de inofficioso agere permittitur, tertia parte bonorum iis relicta, vt viriliter inter eos diuisa, legitimam habebunt tertiam partem debitæ partis. Idemque in semisse dicendum. Quemodo enim quadrans substantiæ & bonorū olim relinqui poterat d.§. vlt.

Instit.de inoff.testam.sic & hodie triens, vel semis. Ex quibus apparet,verissimè dici posse,trientem vel semissem esse & bonorum omnium seu substantiæ, & partis ab intestato debitæ. Vtroque enim sermone idem significamus, & iis formulis promiscuè vtuntur legislatores,arg.l. parentibus. C.de inoff.testam. d.§.vlt.Inst.eod. Nou. de triente & semisse. in prin. Obstat tamen exemplum, quo vtuntur interpretes in l.pater filium.D.de inoffic. testam. vbi differentia magna esse videtur inter vtrumque. Nam si filius decedat,relictis patre, ac matre, & duobus fratribus, herede autem instituto extraneo, qui minime inter turpes personas numerari posset, si legitima parentũ taxanda sit ad trientem substantiæ, tam patri quàm matri duæ vncię debebuntur,& quisque totidem feret, si verò triens intelligatur portionis ab intestato debitæ, vnusquisque illorum habebit tãtùm vnciam. Quia eo casu ab intestato debetur illis tantùm semis. Semissis autem triens duæ sunt vnciæ, id est vnicuique vna. At verò huius obicis dissolutio petenda est ex verbis illis.§.vlt.Instit de inoffic.testam. *quibus de inofficioso agere permittitur*,quasi id locum habeat tantùm cùm eæ personæ concurrunt quæ de inofficioso agere possunt,non item si aliæ iis admisceantur,quibus denegatur querela,vt in exemplo supra adducto patet. In quo,concursus fratrum, qui queri non possunt, impedit ne idem sit triens omnium bonorum, & triens eius quod ab intestato debetur. Atque vt verum dicam,tutius & clarius de legitimæ taxatione loquemur, si veterum exemplo dicamus esse trientem, vel semissem eius quod ab intestato debetur,arg.l.Papinianus.§.si quis mortis.D.de inof.

l. paren

l.parentibus. C. eod. Nam illo alio sermone primus Iustinianus vsus est, d. §. vlt. d. Nou. de trien. & semisse. in prin. cum similibus. Quod, vt dixi, nō semper verum esse potest. Vtilior tamē sit ratio Iustiniani, propter varietatem portionum ab intestato, quæ contingere potest, vt cùm iure nostro diuiditur successio æqualiter inter liberos primi & secundi matrimonij, sic vt dimidiam, illi alterū semissem ferant. Finge igitur patrem decedere quinq; liberis relictis, quatuor primi matrimonij, vno secundi, quos tamen omnes æqualiter instituit, si hic secundi matrimonij malit legitimam, dubio procul plus feret quàm iure institutionis quisquam alius, si ratio legitimæ habeatur ad portionem intestatam, nempe vt semissem habeat. Quod videtur absurdum. Ergo si legitimam eius exigamus ad rationem Iustiniani, vt sit videlicet quinta semissis, æquius fiet computatio. Vnde dicendum, esse quidem legitimam adhuc hodie portionem portionis, sed non determinatam & certam, vt olim, verùm quæ exigenda sit ad trientem aut semissem omnium bonorum. Alia etiam ex parte Iustiniani taxatio controuersiam recipit. Quia si quinque sint liberi, in diuisione semissis plus ferent, quàm quatuor in diuisione trientis. Hi enim vnciam tantùm, illi & vnciam & vnciæ quintas habebunt. Quod totum tamen ab Imperatore factum arbitrarer dum multitudini liberorum fauet, iisque consulit, in quorum gratiam multa olim erant legibus introducta. Quò enim auctior est hominibus respub. eo & augeri illorum patrimonia conuenit, à quibus onera reipub. excipiuntur & sustinentur. Quod verò diximus, trientē & semissem

ſemiſſem inter liberos viriliter diuidi, ſic intelligendum vt etiam partem faciat in eo triente, vel ſemiſſe, heres filius inſtitutus. Et ſic, ſi infra quatuor ſunt, pręter beſſem, habebit partem in triente, ſi ſupra quatuor, præter ſemiſſem, cõſequetur portionem in alio ſemiſſe. Idque ſic fere declarat Caſtrenſis in auth. l. nouiſsima. C. de inoff. teſtam. arg. l. ab omnibus. §. Titio. de leg. 1.

An filij qui non admittuntur ad partem, in taxatione legitimæ ex numero liberorum partem faciant. CAP. VII.

CVM autem legitimæ quantitatis definitio pro liberorum numero facta ſit, non immerito quęri poteſt, an filij qui non admittuntur ad legitimam partem, nihilominus tamen partem faciant, id eſt, vtrum is filius, cui nulla debetur ab inteſtato portio, in computatione legitimæ veniat, & numerum faciat, vtpotè cùm teſtator quinque filios haberet, vno excluſo, an legitimæ taxatio ad triẽtem vel ſemiſſem referenda ſit. Vtilis ſane quæſtio propter ſtatuta & leges municipales filias excludentes, de qua vide Guido. Pap. deciſ. 295. & 599. & Hotom. pag. 25. In ea diſtinguendum cenſeo, vtrum lex & vis, an factum, filios excludat. Qui enim lege arcẽtur ab hereditate, hi partem non faciunt, cùm & impunè pręteriri poſſint, & ne quidẽ legitimæ ſucceſsionis iura eis ſalua maneant. l. is autem. cum præced. D. de iure patron. nec prætor eis ſuum auxilium adcommodet. l. non eſt ambigendum. D. de bon. poſſeſ. Ergo filia nupta ſecundum ſtatuti noſtri formam, quam à legitima excludi

excludi probauimus antea, numerum non faciet in computatione legitimæ. Omnis denique, quem lex incapacem facit. Qui verò facto repellitur, is vel suo, vel testatoris facto exclusus est. Suo quidem, si reus est eius criminis, quo libertas ac ciuitas, & proin de successio amittitur. Habentur enim pro mortuis, nec aliorum computationi interueniunt. l. 1. §. penul. D. de bon. possess. contra tab. Item si renunciauerint verè, arg. l. 2. in princ. & §. 1. D. de bonor. possess. sec. tab. Idem non esset in filia, quæ renunciauit, non seruata iuris canonici, aut municipalis forma, id est, sine iuramento, quod canones requirunt, cap. quãuis. de pact. in 6. aut sine aliis solemnibus per statutum introductis. Tunc enim iuris ciuilis dispositionem sequemur, quæ renuntiationes simplices improbat, l. pactum dotali. C. de collat. l. si quãdo. §. 1. C. de inoff. Ac proinde, inutilis hæc renunciatio non eximeret filiam à numero liberorum, in computatione legitimæ, quia nec à legitima. Dixi de eo qui repellitur facto suo. Dicam de facto testatoris, puta si alterum ex filiis rite exheredauerit. Quæritur enim, an in taxatione legitimæ, & numero liberorum censeatur exheredatus: quam quæstionem Hotoman. pag. 26. stolidam appellat malè, & partem facere, id est, numerũ implere, habendáq; eius rationẽ sentit Paulus Castr. in l. planè. §. si duobus. de leg. 1. cõtrà quã Gulielmo Cuneo, & Baldo visum fuisse. Quos tamen potius sequimur, Pauli sententia reiecta. Neque enim placet nobis, distinctionem facere inter exclusionem legis, & testatoris, cùm & huius dispositio lex sit. §. dispo-nat. in auth. de Nupt. quin & certum sit exheredatum pro mortuo haberi, l. 1. §. si pater. D. de coniung.

cum

cum emancip.liber. Et quod præcipuum eſt,definiũt leges eum qui nihil habiturus eſt partem non facere, nec proinde numerum, idque maximè in exheredato procedit,l.ſi poſt.l.1.§.liberi. D.de bon.poſſ. contra tab. Sed & in eam rem expreſſæ ſunt iuris auctoritates,l.filio.in princ.l.ſi ponas.in fi.l.qui repudiantis.D.de inoffic.teſtam. Neque obſtat,quòd ab inteſtato ſuccederet,niſi fuiſſet exheredatus, ac proinde adhuc videatur partem aut numerum facere. Quia idem in eo, qui lege excluditur, dici poſſet, nempe admittendum, niſi lege impediretur, quem tamen partem non facere in confeſſo eſt, vt ſuprà demonſtraui.Ex his ergo manifeſtum eſt tutò conſtitui poſſe,eum qui à ſucceſsione repellitur, ſiue iure, ſiue facto,id eſt, delicto, aut teſtatoris præcepto, partem cum aliis aut numerum in taxatione legitimæ non facere. Sed diſtinctio eſt adhibenda in filio exheredato,qui non queritur,aut non queſtus eſt. Qui non queritur, is poteſtatem habet querendi adhuc & partem interim facit.l.Papin.§.quoniam.D.de inoff. quia incertum eſt an obtineat necne, & in pendenti eſt, recte ſit exheredatus necne. Ergo non queritur παραζητικῶς accipiendum.Qui non queſtus eſt, puta, quia conſtituit non agere,aut repudiauit,aut tempore excluſus eſt, is partem non facit, quia certum eſt eum partem in ſucceſsione non habiturum,d.l.ſi ponas.in fi. & d.l.qui repudiantis. Ergo illius ius pendet,huius non item,meritoque tempore excluſus,& conſtituens non agere,comparantur,d. l.ſi ponas.in fi.Cui verò pars exheredati adcreſcat,heredi an aliis fratribus, otioſa eſt diſputatio. De qua tamen poſt Dinum,Paul.Caſtr.in d.l.plane. §. ſi duobus.Peremptoria

ptoria eſt enim hæc quæſtionis ratio. Quia ius adcreſcendi inter coniunctos tantùm locum habet, ideoque & ius coniunctionis dicitur l. ſi ſub conditione. D. quib. mod. vſusfr. amittat. Atqui exheredatus cum inſtitutis nunquam fuit coniunctus, neque re, neque verbis. Ergo cum eis nòn potuit concurrere, nec proinde partem facere. Faterer tamen, incapacis partem iure adcreſcendi aliis heredibus competere, dummodo & hi iudicio teſtatoris vocentur ad partem. Cùm verò heredes dicimus, volumus ita accipi, vt filiorum legitima exinde non augeatur, cùm in legitima notum ſit heredes non eſſe, & iam diximus, legitimam quantitatem eſſe bonorum non ſucceſsionis.

In facienda taxatione legitimæ ex bonis defuncti, à quo tempore ineunda ſit ratio.
CAP. VIII.

VT VERO quantitas legitimæ verè cõſtituatur, videndum cuius temporis habenda ſit ratio, in eius computatione. Et receptum eſt, fere in omnibus iis quadrantariis deductionibus bona intelligi, quæ cuiuſque cùm moritur fuerunt. l. cum quæritur. C. de inoff. teſtam. vt in quadrante adrogati l. vlt. D. ſi quid in fraud. patr. cuius magna eſt affinitas cum hac legitima quota. Item in portione patrono debita: l. etiam §. vlt. D. de bon. libertor. præterea & in quadrante Falcidiano. l. in ratione. 2. in princ. & §. verum l. in quantitate. in princip. D. ad l. Falcid. §. quantitas. Inſtit. eodem. Alioquin niſi haberetur huius temporis ratio, inuentus eſſet modus, quo filij

ſæpe

ſæpe legitima priuarentur, aut valde diminutam haberent, quia legatis & fideicommiſsis minueretur & oneraretur. Quod tamen receptum non eſſe, oſtendemus ſuo loco. Ex his porro conſequens eſt, quòd vt damnâ & diminutiones patrimonij legitimam non minuunt, ſic nec incrementa augeant, vt & in quadrante Falcidiano ſtatui ſolet, d.l.in ratione.2. in prin.vbi Paul.Caſtr.ver.vlt. quęro quid in legitima. ibique etiam Alex.poſt eum.Curtius ſenior conſ.vlt. incip. ſuper quotidiano & ſubtili. Neque mouet, quòd ſerui poſtliminio reuerſi locupletiorem faciát hereditatem.l.ſerui.43.D.ad l.Falcid.ac proinde, vt quadrantem Falcidianum,ſic & quotam legitimam, de qua tractamus. Nam reſpondeo, id fictione poſtliminij, & iure ſingulari in rebus captiuis inductum eſſe, in aliis verò, non item. Et iuris prouiſionem, extra caſum ſingularem, non debemus porrigere. Præterea, ibi dicitur augere hereditatem ſeruus poſtliminio reuerſus, non bona. At legitima de bonis, non de hereditate detrahitur, ideoque & quota bonorum appellari ſolet, vt ſupra diximus. Sed legitima hodie iure heredit. competit. Imperatoris tamen eſt heres filius in legitima, cùm non adſtringatur oneribus. Ergo argumentum inde ab Hotomano ſumptum infirmum erit. Non obſtat etiam, quòd legitima ex corporibus hereditariis ſumi debeat, quod inutile videtur pleriſque eſſe niſi emolumentum corpori accedens legitimã augeat.Nam reſpondeo,etſi verum non ſit ex meris corporis hereditariis legitimam detrahi, vt ſuo loco euincemus, ſi tamen corpora hereditaria pro legitima quota tribui concederemus,non ratione increméti corporũ & vtilitatis,
obuenientis

obuenientis putarem esse receptum, sed quia æquum non videtur filium priuari fundis paternis & auitis. At videtur saltem augeri patrimonium pendente aditione, ideoque legitima pinguior esse exinde debet, quia hereditas non adita personæ defuncti vicem sustinet, §. seruus etiam. Instit. de hered. instit. l. in eo. 33. §. vlt. cum l. seq. D. de adq. rer. dom. ergo videtur adhuc viuere defunctus, & demum mori adita hereditate, aut saltem hereditas vacans eius vice interim crescere, & diminui potest. Sed mentio hereditatis satis ostendit, propositionem à subiecto nostro alienam esse. De hereditate enim non deduci legitimam certum est, sed de bonis, vt paulò ante dixi. Denique longa est bonorum & hereditatis differentia vt notissimum est. Quia bona intelliguntur, deducto ære alieno, non item hereditas l. subsignatum. §. bona. D. de verb. signifi. l. vlt. D. de vsufr. leg. Et hanc sententiam, quæ præcisè tempus mortis spectat, in legitimæ computatione & bonorum æstimatione, excluso exinde omni lucro, aut accessione, comprobant DD. in d. l. in ratione. 2.

De liberorum iure, cùm legitimorum, tum naturalium, & adoptiuorum, in legitima consequenda. CAP. IX.

CONSEQVENS caput, in explicatione personarum, quibus legitima debetur, versabitur. Et quamuis verum sit generaliter, vt quibus querela olim competeret, iis etiam legitima debeatur, idque satis in præcedentibus ostendimus, & notant interpretes in l. si quis filium. C. de inoffic. cùm etiam Iustinianus omnibus iis personis auxerit legitimam,

quibus inofficiosi querela cócedebatur:Nou.de trié. & sem. in pr.tamé triplex est animaduertenda series & ordo notandus, ac sigillatim de vnoquoque dicendum. Primùm enim liberis, deinde adscendentibus, postremò in casu singulari fratribus & sororibus confertur legitima, nec tamen iis antequam illis. Ergo prima causa liberorum in legitima, quia & in successione intestata, ad quam legitimam exigere solemus, præferuntur. Pendet enim ius patris cęterorumque adscendentium quandiu de iure liberorum disceptatur,l.pater filium.D.de inoffi.testam. Omnibus autem liberis licet de inofficioso disputare.l.1. D. eod. Siue igitur sint sui, siue emancipati, legitimam habebunt, quia & ij ad legitimam hereditatem vocantur.§.emancipati. Instit.de hered.quæ ab intest. siue filij sint, siue nepotes ex iis, dum tamen possint ab intestato succedere §. ita demum. Instit.eod.Nou.de hered.ab intest.in princ. id est, si patres eorum ante decesserint. Tunc enim ex persona sua ad aui successionem vocantur, & locum patris occupant.l.liberorum.D.de verb. sig. siue denique postumi sint, quia & ij in numero liberorum sunt,ac etiam defunctis parentibus succedunt. Nam si in Senatusconsulto de adsign.libert.vbi patria potestas attenditur, veniant liberorum appellatione l. vlt.§.1.D.de adsig.lib. multò magis & hic, vbi talis respectus non habetur, cùm etiam emancipatis, vt diximus, legitîma debeatur. In nepotibus ex filia, etiam poterat esse differentia ab aliis.Quia ij per medium filiam descendentes, portionem ab intestato cum diminutione tertiæ partis accipiebant. §.vltim. Instit.de hered.quæ ab intest. l.vlt.C.de legit. lib. &

ex

ex filia nepotib. Quod cùm hodie sublatum sit, consequens est, vt in legitima etiam sublatum dicatur, idque voluit expressè Iustin. in d. No. de tri. & sem. Item & filiorum appellatione veniunt, & legitimam consequuntur ead. Nou. ij qui ex nuptiis indotatis nascuntur, item ij, qui per subsequens matrimonium legitimi facti sunt. Hi ergo legitimæ portionis iura omnes obtinebunt, siue pauperes sint, siue diuites: Cyn. in l. sancimus, circa fi. C. de nupt. Nam neque lex in iis distinguit, sed filiationem solùm attendit, & ius intestatæ successionis. Neque obstat, quod alimentorum loco successit hæc portio, illa autem non nisi agentibus debeantur l. si quis à liberis. §. 2. in fin. D. de lib. agnosc. Nam regula illa, quæ alimenta cum legitima componit, falsa est quàm sæpissimè, propter varias inter vtrumque differentias, quas alibi exequemur, vt vere dixerit Zuares Hispanus in repetit. l. quoniam in priorib. hanc regulam non extare, idque ex sententia Salyc. in authen. nouissima. C. de inoffic. Quid verò de naturalibus statuendum? De patris prius, tum de matris successione videbimus. Et verius est iis non deberi, quia nec regulariter ab intestato succedunt. Habent tamen sextantem diuidendum cum matre viriliter si hæc quatuor personarum genera illis non obstent, liberi naturales & legitimi, legitimi tantùm, parentes vtriusque sexus, & iusta vxor. His in medio existentibus, nihil iuris habent, excepto subsidiario alimentorum iure, authen. licet. C. de natur. lib. Nou. de tri. & sem. in 2. parte. Quo igitur casu possunt succedere, & legitimam habebunt in sextante, scilicet trientem aut semissem eiusdem. At in matre aliud est. Quia & naturales ei

succedunt, cum reliquis filiis, etiam si illustri matre nati sint l.penult.C.ad Senatusconsult.Orphit. Spurij autem, si patrem spectes, omni beneficio indigni sunt d.authen.licet. Is enim semper est incertus, indeque spurij vocabulum, vt quibusdam placet. Et cùm ex patre adgnatio procedat, spurius adgnatos non habet. l.1.D.vnde cogn. At verò mater cùm sit certa, quemadmodum filius spurius in eius bonis habet Senatusconsult. Orphit.beneficium, sic & legitimam in iis consequetur argumen. d.l. penult. C. ad Senatusconsult. Orphit.§.penult. Instit.de Senatusconsult. Orphit. quia & querela iis competit. l.si suspecta.§.1.D. de inoffic. Excipitur tamen illustris fæmina, cui iusti sunt liberi. Nam & ij, cùm spurios à succesione excludunt, d.l.penult. nec etiam querela spuriis competet, ideoque nec legitima. Quid verò de iis, qui ex incestu aut nefariis nuptiis nati sunt sit statuendum, breuiter tenenda est definitio auth. ex complexu.C.de incest.nupt.quo iure nec iis alimenta deberi notum est.Sunt tamen qui ex æquitate canonica concedant cap. cum haberet. extra de eo qui dux.in matrim.quam poll. per adult. Ego cũ Baldo non puto, quia & ij odio maiore digni sunt, quàm cęteri spurij.In legitimatis verò breuius adhuc dici potest, omnes qui iure Nouellarum legitimi fiunt, legitimæ portionis iura consequi, dummodo & ad legitimam hereditatem admittantur. Nouell. 74. & 89. Videamus de adoptiuis. Et quidem ij vel adoptiui vel adrogati sunt. De adoptiuis, si naturalem patrem spectemus, olim quidem dubitatum fuit, an filio naturali extraneo in adoptionem dato remedium querelæ competeret, contra patris testamentum.

rum. Quod Papinianus negabat, Martianus verò aliquo casu admittebat l.penult.in prin.C.de adopt. Cuius sententiæ manifesta sunt vestigia in patre naturali, aduersus testamentum filij in adoptionem dati, cui de inofficioso agere concedit.l.aduersus.in princ. D. de inoffic. Ecquidem videbatur Martini sententia generaliter admitti potuisse ex ea regula, qua dicimus, quibus ascendentibus aut descendentibus ius successionis intestatę ex quacumque edicti parte competit, iis etiam querelā tribui, l.postumus. in princ. & §.1.D. de inoffic. Atqui naturales ad patris naturalis successionem vocabantur, non quidē, *unde liberi*, sed *unde cognati*. §. admonendi. Instit. de hered.quæ ab intest. Sed iure nouo Iustiniani, adoptiui retinent omnia iura liberorum, ideoque & admittuntur ad patris naturalis successionem quasi liberi, non quasi cognati, vt iam non indigeant illa bon.poss.*unde cognati*.d.l.penult.in prin.C.de adopt. §. sed ea omnia. Instit.de hered. quæ ab intest. Feci autem supra extranei patris adoptiui mentionem, quia si parens naturalis adoptet, puta, auus paternus aut maternus, adoptato patris naturalis successionē molestare non conceditur.d.l.penult.§.si verò.Ideoque à legitima, quia à querela, excludi debet. Fruitur enim patris adoptiui successione,qui ei & parens naturalis erat. In cuius bonis ideo legitimam habebit,quia & querela contra eius testamentum ei competit.At verò in patre adoptiuo ita definiendum est. Olim quidem si extraneus esset, adoptiuus eius filius omne ius in eius bonis & successione consequebatur, ideoque querela ei dabatur contra patris adoptiui testamentum argumen.l.si suspecta.§. fœmina.

D. de inoffic. At si à patre adoptiuo emancipatus fuisset supradicta omnia iura perdebat, sic vt nec querela ei competeret, nec vllo Prætoris auxilio adiuuaretur. §.at hi qui. Instit.de hered. quæ ab intest. Hodie lege Iustiniani si remaneat in adoptione, nulla scilicet interueniente emancipatione, in hoc tantummodo prodest ei adoptio, vt successionem patris adoptiui & extranei consequatur.d.l.penult.§.sed si quidē.Testamēto verò facto neque iure ciuili, neque prætorio ex eius hereditate persequi aliquid potest, nedum inofficiosi querelam instituere d.§.sed ea omnia. Ex quo supplenda est Iustiniani decisio in d. l.pen.§. sed si quidē in qua loquitur abscisius & obscurius, quàm in d.§.sed ea omnia in auditorum iuniorum gratiam. Vnde etiam notanda est insignis exceptio ad eam toties prolatam iuris regulam, eos qui ascendentium aut descendentium numero sunt, ad legitimæ petitionem admitti, si & ad successionem vocentur. Nam clarum est hodie adoptiuum filium ad successionem intestati patris adoptiui vocari, cùm tamen in eius bonis nulla ei competat legitimæ portionis petitio.d. §. sed ea omnia. Hæc autē in adoptiuis. Sed in adrogatis extat constitutio D. Pij quæ quartam eis largitur in bonis patris adrogatis, de qua diximus supra. Et meritò tantùm iuris adrogato tribuitur, quia patri adrogatori suus heres fit, ac in eius familia esse censetur.d.l.penult.in fi. At quid in naturali statuendum? Vtrum adrogatus filius in eius bonis nihilominus legitimam habeat? Finge enim emancipatum seipsum in adrogationem dedisse, an dicemus querelam ei competere, contra patris naturalis testamentum. Quod magis puto, quia

& ad bon.poss.eius admittitur:l.1.§. si impubere. D. de collat. bon. Qui autem descendentium ex aliqua edicti parte admittitur, & querelam potest instituere d.l.postumus. in princ. D. de inoffic. Quod tamen non procedit in patre adrogatore, aduersus cuius testamentum querela instituitur, vt puta, qui idem sit auus maternus & pater adrogator. Nam filius adrogatus, cùm habeat quartam in eius bonis beneficio D. Pij, legitimam insuper non consequetur, quia & querela inofficiosi ei denegatur. l.Papinian. §. siquis impubes.D.de inoffi.Pro coronide nõ inutiliter de religiosis seu regularibus quæri potest. Hi cùm admittantur ad successionem, & ad legitimam vocandi sunt, idque definitum est.l. Deo nobis.§.1. C. de episcop. & cler. Vbi quartæ mentio ad trientes aut semisses ex Nou.Iustin.reuocãda est.Certum est tamen, monasterio non ipsi religioso talia bona quæri, iuxta authen.ingressi. C.de sacrosan.Eccles. Quid verò in mendicantibus? Sane si fratres predicatores sint, quia capaces sunt saltem bonorum immobilium, dummodo statim vendantur, & ordinis commodo adplicentur, glos.in cap. vn. versic. domum.de relig.domib.in 6.idque communiter seruari traditur ab Alexand.consi.88.in princ.lib.2.certum est ex tali specie legitimam bonorum deductam iis competere, quo dictum est modo. Longe aliud est in fratribus minoribus,quibus ex stricto regulæ præcepto nihil proprium habere licet, aut successionis iure obtinere.clem.exiui de paradiso.§.cupientes. de verb. sign. Et quamuis fratres predicatores mendicantes sint, plus tamen iuris in successione, & iure legitimæ iis cõpetit, quàm minoribus. Fratres enim

predicatores ex regula ordinis non sunt medicantes, sed propriis constitutionibus, vt not. idem Alex. eod. quo supra responso. nu. 5. Quid verò de feudalibus bonis statuendum? Clara est lex municipalis nostra, quæ ab eorũ successione religiosas personas arcet. Placito tamen curiæ, legitimæ æstimatio in iis tribuitur, vtilitati religionis adplicanda, quo quidẽ noua exceptio additur ad eam regulã qua toties diximus, exclusum à successione excludi & à legitima.

De iure legitimæ ascendentibus in bonis liberorum competente. CAP. X.

SECVNDA series & ordo eorum, quibus legitima competit, est ascendentium, puta patris, matris, auiæ, &c. His enim post descendentes defertur successio iure ciuili, vt notum est. Ergo & legitima tribuenda est. Competit etiam iis querela. l. 1. D. de inoffic. ergo & legitimæ portionis petitio. Sed non ante iis quàm illis defertur, vt dixi, quia filiorum semper prior causa est, qua pendente parentum ius sustinetur, l. pater filium. D. de inoffic. authen. præsbyteros. C. de episcop. & cleric. Originis ratio vtriusque portionis diuersa est. Quia vt ex voto parentum successio liberis defertur l. liberorum. C. de verb. sig. sic & legitimam ex eadem causa videntur habere, beneficio legis, quæ hanc voluntatem & votum in bono parente præsumit, quamuis aliud verba testamenti contineant. At contra votum, & præter naturalem ordinem, parentes liberis succedunt, aut legitimam ferunt in eorũ bonis portionẽ, l. scripto. in fi. D. vnde lib. Eoq; adiectũ est in vetere inscriptione, quæ ante aliquot annos inuenta est, PA-

PINIANVS. HOSTILIVS. EVGENIA. GRACILIS. TVRBATO. ORDINE. FECERVNT. Quibus verbis vſus erat Papinianus eorũ filius in l. nam etſi parentibus.D.de inoffi.In qua, cùm pietatis ratio in vtriſque verſetur, quantum ad ſucceſsionem & legitimam, tamen ex diuerſis cauſis delibatur.Parentes enim ad bona liberorum ratio miſerationis admittit, liberos natura ſimul & parentum commune votum, d.l. ſcripto.in fin.D.vnde lib.Ex voto enim,omnia quæ noſtra ſunt liberis paramus, l.nihil.in prin.D.de bon. libert.Ergo parentes ratio miſerationis,quæ etiam naturalis eſt, admittit, ſiue vt alibi Iurecon. loquitur, ſolatij loco hoc eis conceditur, quemadmodum patri repetitionem dotis profectitiæ concedunt iura. l.iure ſuccurſum. D.de iure dot.Nã licet contra votũ id fiat,tamen vbi euenit talis caſus,naturalis ratio iubet parentes non deſtitui auxilio & ſolatio. Et quemadmodũ ex concubina naſcuntur filij contra votum, nati autem cogunt ſe diligi,vt ait D. Auguſtinus confeſs.c.4.lib. 2.ſic etiam in ſucceſsione filiorum dici poteſt. Verè igitur quis adfirmauerit legitimam filiis debitam ſimulque ſucceſsionem eſse à natura, legitimam verò parentũ eſse à naturali ratione,id eſt, alterũ à mero iure naturali,alterũ à iure gentium proficiſci,quia & in alimentis vtriſq; debitis eandẽ differentiã conſtituit Bart.l.ſi quis à liberis.§.parens.D.de lib.agnoſc. In parentibus autẽ,ſiue aſcendẽtibus,nullũ facimus diſcrimen ratione poteſtatis. Quemadmodum enim emancipatus querelã inſtituit,ſic & emãcipati pater, ſi ſit præteritus.l.pater filium.D.de inoffi.teſt.Quæro,an parẽtibus ad ſecũdas nuptias properãtibus le-

gitima debeatur. Azo in summa C. de secund. nupt. nu.16. matré non priuari falcidia debita statuit. Quod nimiũ generaliter ab eo dictũ est. Sane ex testaméto hodie mater succedit, quãuis alij extent liberi, auth. ex testaméto. C. de secund. nupt. qua emédatur in eo saltẽ rigor l. fœminæ. §. illud. C. eod. Ab intestato verò, in iis quæ ex paterna substãtia peruenerunt ad filiũ, tantũmodo vsumfructum habet d. auth. ex testamento. quæ sumpta est ex Nou.22. §. hinc nos. qui in Haloand. editione incipit, ex hoc. Ergo in tali bonorũ genere excludetur à successione intestata mater, ac per consequẽs à legitima, propter peremptoriam regulam toties à nobis adductã, idq; firmatur d. l. fœminæ. §. illud. vbi verba illa, *in diem uitæ suæ pro debita portione soli*, puto & ad legitimã extendi, quæ debita dicitur portio, vt suis locis indicauimus. Neque similis est ei mater, qui voluntatẽ defuncti non implet intra tempus præscriptũ, quem legitimã retinere certum est. Nou.1. §. si quis autẽ non implẽs. quia lex ei hoc ius reseruat, quod tollit matri d. §. hinc nos. in verb. tantũmodo. & d. l. fœminæ. §. illud. Atque ita contra matris legitimã eo casu respondit Bald. cons. 68. vol.1. Cùm autẽ ad bona, quæ ex patris substãtia peruenerũt ad filium, dixerimus porrigi Nou. tenorem d. auth. ex testaméto. verius erit, in aliis bonis aduentitiis matrem legitima non priuari, sicut & certissimum est matrẽ legitimæ successionis iura in iis obtinere. An verò idem & in patre statuendum sit quod in matre diximus, dubitationẽ facit ipse Iustinianus qui in d. §. hinc nos. ipso initio, & postea in progressu, de matre tantùm loquitur. Ac melius est correlatiuorum regulam etiã hic admittere, idemque

& in patre statuere ex mente Iustiniani d.Nou. 22.§. postremo.& ita tenet Craueta cons.37.nu.1.vbi multos allegat & maxime Oldradū,cons.33.circa fi.cùm ea omnia quæ in matre statuta sunt, ratione lucrorū nuptialium,ad patrem etiam sinit porrecta,l. generaliter.in prin.C.de sec.nup.eóque maxime,quia quantùm ad intestati successioné,Iustinianus in d.§.hinc nos.siue in d.auth.ex testamento.nihil noui iuris introducat,sed pòtius declarationem adferat iis, quæ ante cōstituta erant in d.l. fœminæ. §.illud. Nam & tota illa Nou.22.magis est explicatoria iuris veteris, quàm decisoria noui.Illud potest quæri, an illa legitimæ priuatio in quęsitis siue acquestibus constante matrimonio factis,locū habeat; id est,an etiam pars illa,quæ vxori attribuitur, ex mariti substantia dicatur prouenire.Nā si verū sit ab eo tantùm manare,in iis legitimā mater non habebit, patri auté non esset deneganda.Et verò aliàs disputando tenui ex partis parte tantùm proficisci contrà quàm sentiat Ripa in repetit.d.l.fœminæ. in princ. quęst.12. idque manifestis consuetudinis nostræ verbis cōprobaui, qua de re tum plura.Nec tamen ideo matré excludemus à legitima eorum bonorū cùm præsertim expressum sit consuetudinis nostræ verbis, titul.*des succeßions.* articul.2. in eiusmodi quæsitis succedere ascendentes descendentibus. Ergo & legitimam in iis habebunt. Non ignobilis præterea ex præcedentibus oriri quæstio potest. Fingamus enim matrem heredem à filio, cui fratres supersint institutam, & rogatam hereditatem restituere tertio cuidam, an legitimam retinebit ex lucris nuptialibus,aut quæsitis? Minime verò, vel quia ab intestato non succedit. d. auth.

ex

ex testamento.vel quia vt extranea qualibet ad talem successionem admittitur, nó verò inquátú mater est.d.§.hinc nos. Extraneis auté legitima nó debetur. Quæ fuit Baldi sentétia in d.auth.ex testamento.in lectura noua, quá tamé impugnare conati sunt quidam, frigidissimis rationibus. Quin verò mater Trebellianicá deducat, nemo dubitabit cùm & quilibet extraneus id possit. Quæro præterea, vtrú per pupillaré, vel expressá, vel tacitam, matre exclusa & admisso substituto (ná parem vtriusq; hunc esse effectú docuimus aliàs) & à legitima etiá excludatur? Sane filij testamentú est, ideoq; legitima nó videbatur mater priuanda, facultate patri concessa pro filio testandi. Quia omnis licétia cōdendi testaméti, etiam quæ à principe fit cōcessa intelligitur secundú legitimá & cōsuetam testandi formá l.si quádo.in prin. C.de inof.test. Et tamé Papiniano aliter visú est, qui negauit impuberis filij testamentú inofficiosum matré dicere, *quia ei*, inquit, *pater fecit*. Non potest igitur accusare filiū dementiæ, cùm nó ipse, sed pater hoc fecerit l.Papin.§.sed nec impuberis.D.de inoff. Ausim tamen Papiniani sentétię contra ire, maxime post Iustiniani constitutiones, quibus inofficiosi querela debilitata, cōstitutumq;, vt ipso iure aut legitimæ repletio facta intelligatur, aut nullú sit testamentum: si præteriti sint, qui institui debuerát l. omnimodo. l. scimus.C.de inoff. Quid, quòd exéplaris, quæ quasi pupillaris est, aliter fieri nó potest, quàm si legitima portio iis fuerit relicta quibus debetur? l. humanitatis.C.de impub. Sed cogitaui postea d.l. nó loqui de legitima patris, sed de legitima filiorú, quibus fit substitutio, vt & in ea substituere possint parétes exéplaritie.

riter. Itaq; sequor Papinia. Facilius enim tollitur ascẽdentiũ quàm descendentium legitima, vt ex his quę sequuntur apparebit. Subiiciã pro coronide quatuor notabiles differentias portionis huius ascendentiũ, cum ea quæ descendentibus competit, quas variis in locis interpretes tradunt. Prima sit liberos transmittere querelam non præparatam in heredes suos, l. si quis filium. in princ. l. scimus. §. vltim. C. de inoff. cùm tamen id alias regulariter fieri non soleret. l. quemadmodum. D. eod. At verò ascendentibus idẽ ius transmittendi non conceditur, cùm l. destituamur. Ias. d. l. si quis filium. 2. limitat. Ergo in iis ius commune seruabitur arg. l. præcipimus. C. de appell. Secũda differentia est in restitutione hereditatis. Ex qua filij rogati restituere sub conditione, ita vt diuersis temporibus detrahant portiones sibi debitas, deducunt non solùm Falcidiam sed etiam Trebellianicam, propter ius constitutionum canonicarum, cap. Raynutius. & cap. Raynaldus. extra de testam. quorum dispositionibus hodie passim vtimur. De quibus etiam Accurs. in l. quamquam. C. ad. l. Falcid. Bartol. in l. Papinian. §. meminisse. D. de inoffi. Quod an iure ciuili admitti hodie possit, aliàs disputabimus. At verò in ascendentibus, duarum quartarum detractionem ne quidem eo casu permittit Alexan. in l. in ratione. §. quod vulgo. D. ad l. Falcid. quem sequitur Ias. in l. filium quem habentem. n. 90. C. fam. ercisc. contra quos nituntur Angel. & Cumanus in l. si à milite. §. vltim. D. de testam. mil. Craueta. consil. 110. vol. 1. Sed illorum probabiliorem vel ideo sententiam quis putaret, quia in ascendentibus expresso iure destituimur, & receptum contra regulas iuris communis,

communis, in fauorem aſcendentium, ad conſequentias trahi non debet, argum. l. quod fauore. D. de legib. niſi tamen magis placet vti ratione l. 1. in fi. D. ſi à par. quis man. Vbi diuerſo reſpectu, diuerſarum portionum petitio etiam aſcendenti conceditur. Sed de eius legis vero ſenſu inferius plura dicemus. Tertia diſtinctio eſt, filium in legitimam fructus non imputare, quia ex corpore ipſo, cum de legitima deducitur, non percipiuntur. l. ſcimus. §. repletionem. C. de inoffi. Nam in aſcendentibus aliud ius eſſe ſtatuit Bald. in cap. ſi pater. ext. de teſtam. De cuius ſententiæ veritate dicemus eo capite quo de imputatione tractabimus. Quartum & vltimum diſcrimen reſpicit alienationem bonorum à patre in vita factam, quæ filius ad modum & finem legitimæ portionis reuocat, eo caſu, quo fraudis conſilio participat is in quem fit talis alienatio, argum. eorum quæ in adrogato ſtatuuntur l. vlt. D. ſi quid in fraud. patr. Aliud verò ſtatuitur in deſcendentium alienatione, gratia fraudandorum aſcendentium facta, vt Bartolo placuit. l. non vſque. D. ſi quis à par. man. & ſequitur Iaſon authen. nouiſſima. nu. 40. C. de inoff. cùm non ſint omnimoda aſcendentium & deſcendentium iura. Ego præterquam quòd tam enixa differentia ſeminarium ſit litium; propter probationem difficilem conſilij fraudulenti in eo cui fit alienatio, præterquam quòd etiam indecés ſit ingenuis hominibus liberam rerum ſuarum adminiſtratiнé non concedi d. l. non vſque. Vel ideo falſam exiſtimo, quia fraudandi conſilium recipit contra patris naturalem effectum, quem tantopere vrgent leges noſtræ. l. iſti quidem. D. quod met. ca. l. vltim. C. de curat.

curat. fur. cum aliis similib. A parente enim dolum & fraudem excludunt, ideoque nec contra eum restitutionem in integr. concedunt.l. vltim.C. qui & adu.quos.in integ. rest. non poss. Quin si mater petierit non idoneos tutores filiis, censetur non dolo malo sed bona fide fecisse, Bald.in l.precibus.col.11. C.de impub.Sed & Azo scripsit tit.de bon.quæ lib. patrem legitimum administratorẽ filiifam.minoris, posse res immobiles alienare sine decreto iudicis l. vltim.§.sinautem.C. de bon.quæ lib. quamuis alius non possit toto tit. D.de reb.eor. Doctor. in l.præses.C.de transact.

An collateralibus, præsertim fratribus, legitima debeatur. CAP. XI.

TERTIVS & vltimus ordo eorum, quibus legitima competit, secundum nostrorum traditionem, est collateralium, nec omnium tamen, sed fratrum tantùm, ac sororum, quo casu instituta esset turpis vel infamis persona, l.fratres. C.de inofficio. Eoque factum est, vt rara sit huius iuris in legibus nostris mentio. Vix enim tribus locis meminit, tit. D. vix duobus tit.C. de inoffic. testam.l.1. l. Papin. §.sed nec impuberis.l.circa.D. de inoffic.l. fratris.l. fratres.C.eod.quibus omnibus de querela inofficiosi fratribus concessa quæritur, de legitima non item. Videndum igitur prius, an aliquo casu debeatur illis legitima. Ego cum Gulielmo Cuneo, Paulo Castr. aliisque in d.l.fratres.C. de inoffic. existimo nullam huius legitimæ portionis in iure nostro mentionem fieri. Et cùm legitima deferatur à lege, ideoque & nomen inde obtineat, merito statuemus, nulli eam
sine

ſine lege competere. Nec valet conſequentia huiuſmodi querelam inofficioſi eo caſu concedi, ergo & legitimam deberi. Quia ante ſatis probauimus, inofficioſi querelam tempore præceſsiſſe legitimæ portionis taxationem. Quamobrem etſi relicta fuerit legitima fratri, aut aliquanto plus ea, tamen inofficioſi querela competet inſtituta turpi vel infami perſona, vt inteſtatum patremfam. faciat, ſic vt frater, excluſo inſtituto, fratri ab inteſtato heres ſit, qui eſt querelæ effectus. l. poſtumus. §. ſi quis. & l. qui repudiantis. in fin. princ. cum ſimilib. D. de inoffic. teſtam. Idque odio inſtituti factum eſt, eandemque rationem in aſcendentibus & deſcendentibus ſequendam putarem. Nam cùm patronus aut parens, inſtituta turpi perſona, non tantùm conſtitutam partem per contra tab. bon. poſſ. auocet, ſed etiam integra bona liberti, aut filij, l. Paconius. D. ſi à pat. quis man. multo magis id in liberis & parentibus admittendum eſt. Qui tamen caſus iure & legibus non eſt definitus in parentum aut filiorum perſona, propter præſumptam eorum contrariam pietatem, quòd ſi contingeret, ex aliarũ legum ſimilitudine explicandus eſſet. Et in iis cõſulerem ſequendã eſſe diſpoſitionẽ. d. l. Paconius. & d. l. fratres. Nec deerũt exẽpla cõſulenti Valeriũ Max. lib. 7. c. 7. Ab hac tamen Gulielmi & ſequacium ſententia receſſum eſt in ſacro Neapolit. conſilio, vt eſt expreſſum in decis. 204. Matth. de Afflict. Haud tamen æquis rationibus, vt ibi videre eſt. Cùm ea recepta multæ tamen quæſtiones reſcindantur. Neque enim poſt eam quærendum eſt hic cum Azone & Accurſio, an agat hodie frater ad ſupplementum legitimæ, nec an hodie quarta collateralibus

collateralibus debita, aucta sit pro numero fratrum, quomodo est ascendentium & descendentium portio, vt dubitatur apud eundem Matheũ d.decis.204. Sic nec an iure institutionis fratri relinquenda sit legitima, necne. Quas tamen omnes dubitationes Doctores in d.l.fratres.& aliis locis proponunt. Magis expedit ad huius articuli synceram declarationem videre, qui fratrum appellatione hic sint intelligẽdi. Et cùm duo sint fratrum genera, germani videlicet, ac patrueles, Velleius Paterculus lib.2. *Cẽsura Metellorum, germanorum non patruelium fuit*: de germanis, non patruelibus, intelligenda erit quæstio.l.fratres. C. de inoffic. cùm etiam vterini fratres hac appellatione non veniant, d.l.fratres.in qua consanguinei tantùm admittuntur, id est, ex eodem patre nati.§.1.Instit. de legit.agn.success. Siue igitur eandem matrem habuerint, siue non, consanguinei erunt, & ad querelam admittentur. Quia qui ex vtroque parente est, nihil fere differt ab eo, qui eundem patrem tantum habet. l.vlt.§.secundo gradu.D.de gradib.& adfinib. Quod ideo addubitatè dixi, propter Nou.84.de consang.& vter.fratr. Quid verò in naturalibus fratribus sequemur? Bald. Salyc. Angel.& Iason in d.l.fratres.eis denegant querelam, cùm iura consanguinitatis non habere dicantur, arg.§.nouissime.Instit.de Senatusc. Orphit. qui tamen ad spurios non verò ad naturales pertinet, inter quos magna est differentia. Præterea non de consanguinitatis, sed cognationis iure ibi tractatur. Naturales tamen consanguinitatis iura videntur habere, quia ius illud à patre est.l.si spurius. D. vnde cogn. Patrem verò certum habent, alioquin naturales non dicerentur. Verius tamen est non esse

consanguineos, quia nec sola patris ratio consanguinitatis ius tribuit, sed legem accedere oportet, id est, legitimas nuptias, arg. Nou. de consang. & vter. fratr. Itaque ad bon. poss. vnde legit. vocantur tantùm consanguinei legitimi, idque titulus ipse satis docet, eoque fit vt nulla naturalium mentio in eo inueniatur. Nullo autem iure, naturales fratres, tanquam legitimi & consanguinei, vocantur ad fratrum successionem, quinimo etiam ipsi legitimati per curiæ oblationem, iura tantùm successionis consequuntur in bonis patris, non item collateralium l. communium. C. de natural. lib. idemque statuendum esse in legitimatis rescripto principis præcipit Salycetus d. l. fratres. num. 3. At verò in legitimatis fratribus per subsequens matrimonium, quid iuris erit? Et legitimorum iura inter collaterales consequi credendum est, quia plus his, quàm aliis legitimatis tribuunt leges, quæ fuit sententia Bald. & Salyc. in d. l. communium. in princ. Hi enim veniunt in dispositione legati, loquente de filiis ex legitimo matrimonio natis, vt not. cap. cùm innotuit. ext. de elect. capit. cùm in cunctis. eod. Castr. in l. si ita quis. §. is aut. de leg. 2. Itaque donatio, quæ reuocatur susceptis postea rite liberis, habet locum in istis legitimatis, vt per Salyc. in l. si totas. C. de inoffic. donat. Vide ibi Tiraq. in Tract. de iure primigen. 34. quæst. Et hi in quæstione legitimæ filiorum consyderantur ab Imp. in Nou. de trient. & sem. 18. §. neque illo. in fine.

Vnde legitima deducatur, & quomodo, siue quæ eam minuant. CAP. XII.

PROXIME inuestigandum est vnde legitima detrahatur, quóve modo id fiat. Non enim statim legitima deducitur, sed sunt quædam quæ ipsam minuant, vt videbimus. Et verò definitio portionis legitimæ supra tradita de bonis, non de hereditate, deduci ostendit. Quamuis enim dicatur quota pars debitæ ab intestato bonorum portionis l. 2. C. de inoffic. donat. adeo vt exclusus à successione & ab ea excludatur, tamen non de successione deducitur, sed de bonis. Alioquin & onerum particeps esset legitima, quod iure vetatur. l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. Ergo successionis deputatæ ab omni ære alieno pars est, id est, bonorum. Eoque fit vt non successionis, non hereditatis quota: sed bonorum dicatur. Ias. in auth. nouissima. nu. 3. C. de inoffic. Idque probant omnes magno, ni fallor, errore, maximè post Nou. 115. vt cùm de appellat. §. aliud quoque capitulum. qua nouè constituitur, legitimam solo titulo institutionis relinquendam esse. Ergo in legitima filius heres erit, sed sui cuiusdam generis heres, quia non vt alij heredes onera hereditaria ferre solet, d. l. quoniam in prioribus. Neque obiiciat mihi quisquam, in legitimæ supplemento filium non videri heredem, cùm illud consequatur ex testamento, non iure actionis, vt notat. in l. omnimodo. C. de inoffic. in princ. Nam respondeo, supplementum illud adiectionem esse, & accessorium totius, ideoque principalis naturam sequi. Sic quomodo adiectum rei legatæ debetur eodem iure, quo & ipsum legatū

l.quod in rerum. §. si quis post.de leg. 1. Aget igitur filius in legitima institutus iudicio fam. ercisc. non vtili, vt olim, arg.l.2.§.1.D.fam.ercisc. sed directo, & tanquam legitimus heres. His iungenda est definitio quæstionis, qua dubitatur, num si pater filium instituit in certa quantitate pecuniæ, quæ ad finem eius legitimæ ascendat, & filius, reiecta patris voluntate, in corporibus hereditariis legitimam petat, sit audiẽdus. Et quidem, si liceat iudici aut arbitro fam.ercisc. æstimationem loco rei adiudicare multo magis id patri dabitur, cuius iudicium inter liberos maximè spectatur. Quod si hereditatis titulo relicta ei fuerit legitima, non erit æquum à testatoris voluntate recedere in partitione bonorũ.l.parentibus.C.de inoffi. test.arg.§.& quod sæpenumero. in Nou. de trien.& sem. adde l. quoties.l. si cognatione. l. filij. C.fam. ercisc.l.1.l.si filia.§.pater.D.eod.& optimè l.qui non militabat.78.in princ.D. de hered.instit. cùm etiam solemnem assis distributionem possit interuertere in l.interdum.§.paterfam.D.de hered.instit. Deniq; nulla lex est, quæ hanc necessitatem patri imponat relinquendi legitimam in corporibus.l.omnimodo. in princ.vers.aliquam eis quantitatem.C.de inoffic. Quòd cùm immutatum non sit, vigere adhuc credendum est, arg.l.præcipimus.C. de appellat. cumq; legitima deducatur de bonis, id est, detracto ære alieno, de rebus nõ deducitur, quia inter vtrumque magna est differentia l.vlt.D.de vsu & vsufr.leg. Miror tamen contrariam sententiam adsertores habuisse ex veteribus Gulicl.Cuneum, & Paul. Castr. propter auctoritatem l.scimus. §. repletionem. C.de inoffic. vbi id notat Castr. Neque enim mihi videtur obesse

præcedenti, & veriori ſententiæ. Nam quamuis ibi dicatur, ex ſubſtantia patris ei repleri legitimam, ſubſtantiæ vocabulo non corpora ſolùm hereditaria, ſed & nomina, & numeratam pecuniam cõtineri verius eſt, idque ex vſu Iuſtin. l. in teſtamentis. C. de teſtam. & alibi ſæpe, & de pecunia conſtat. l. quid ergo. §. vſuras. D. de contrar. tut. act. Eſt enim ſubſtantiæ vocabulum vniuerſitatis, idem efficiẽs, ac ſi omnia mea dixiſſet teſtator. Eoque fit vt hæc vocabula ſynonima ſint, & alterius vice fungantur, *bona, pecunia, familia, uniuerſæ res meæ, omnia mea, patrimonium, facultates, cenſus, fortunæ, ſubſtantia*, & aliquo caſu, *peculium*, l. nam quod. in fi. cum 2. ſeqq. D. ad S. C. Treb. Non mutat etiam l. libertus qui ſoluendo. D. de bon. lib. qua maxime tamen Cuneus nitebatur. Quia vt vere Salycetus animaduertit, patronus præteritus in ea fuerat, non inſtitutus. Ideòque non mirum, ſi ei detur facultas auocandi per bon. poſſ. contra tab. rem ſui affectus. Alias enim, ſi inſtitutus fuiſſet, etiam in non iuſta portione, suppleret eam legatis aut donationibus mortis cauſa, cuiuſcunque rei fuerint l. etiam. §. ſi debita. l. libertus. §. 2. D. de bon. lib. Præterea cùm Prætor liberti facultates æſtimauerit, vt ſecundùm earum quantitatem portionem taxaret. Inſtit. de ſucceſſ. libert. ergo & licebit liberto æſtimationem portionis in teſtamento, non corpora hereditaria, patrono relinquere. Tertiò, non iuuat Cuneum & Caſtr. l. non amplius. §. cùm bonorum. D. de leg. 1. Ibi enim tractatur, quando dubium eſt, vtrum rerum partes an æſtimatio debeatur, & an alterutrum fuerit legatum. Hîc autem certum eſt, filio quantitatem & æſtimationem relictam. Hæc autem locum ha-

bent, cùm testator loco legitimæ æstimationem aut quantitatem relinquit, vt in quæstionis themate diximus. Nam & eius prædominans voluntas semper inspicienda est, vt plerique tradiderunt in l. Marcellus. §. res quæ. D. ad Treb. Stephan. Bertrand. cons. 83. num. 6. vers. ad sextum. vol. 3. parte 2. cons. 7. nu. 4. vol. 5. At verò quid iuris erit, si testator simpliciter instituat filium in legitima, vtrum in rebus singulis substantiæ defuncti debita portio ei competat? Quod verum est, exemplo quadrantis Falcidiani in l. lex Falcidia. 47. l. Plautius. 49. l. lineam margaritarum. D. ad l. Falcid. l. 2. C. eod. Quia verò ex omnibus rebus detrahere incongruum esset, arg. l. 2. C. lib. 10. quando & quibus quarta pars. statuendum est cuius electioni tribuamus. Nostri interpretes hac in quæstione variè scinduntur, aliis existimantibus filium posse eligere rem, in quam velit habere legitimam, quæ fuit Iacobi Arenarij & Cyni sententia in auth. res quæ. C. communia de legat. circa. fi. Illoque iure nititur quòd in legitima filius, vt & patronus creditor est. Atqui creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum peruenire. l. creditoris arbitrio. D. de distract. pign. Alij verò existimãt, in singulis quidem rebus habere legitimam filium arg. d. l. Plautius. cùm similibus: nec tamen electionis ius heredi aut filio tribuunt, sed iudicis arbitrio relinquunt, arg. l. potest. D. de leg. 1. Cuius opinionis Bartolum auctorem ferunt in d. l. Marcellus. §. res quæ. quamuis eius potior & antiquior sit adsertor Oldradus cons. 113. Quæ sententia niti videtur aperto iure d. l. scimus. in princ. C. de inoff. vbi repletio legitimæ fit ipso iure boni

boni viri arbitratu. Ego puto dubium olim fuisse, relicta parte bonorum, cui electio detur præstandi legati in rebus, an in æstimatione, heredi videlicet, an iudici. Heredi dat Iureconf. l. non amplius. §. cum bonorum. de leg. 1. l. generali. §. vlt. D. de vsufruct. leg. quæ est Scæuolæ. At in d. l. potest. iudicis arbitrium respicit Iureconsul. Sed in hac quæstione nostra post d. l. scimus. non est amplius dubitandum, quin iudicis arbitrio ea res potius committi debeat. Quocunque igitur casu replenda erit legitima ex patris substantia, id fiet iudicis arbitrio. Et sic intelligere melius est. d. l. scimus. §. repletionem. In quo, etsi nihil de arbitrio boni viri siue iudicis dicatur, tamen quia in præfatione eius mentio facta est, etiam in sequentibus repetitum videtur, l. in repetendis. de leg. 3. l. libertis. D. de cond. & dem. Clausula enim præcedens sequẽtes determinat. l. quisquis & ibi Accurs. & Bartol. de leg. 3. Ergo etsi in omnibus substantiæ hereditariæ partibus, seu rebus, legitimam filius habeat pro rata, quomodo socius in qualibet re societatis, tamen iudicis arbitrio constitui potest, qua in parte, aut quibus in corporibus, vel nominibus, legitima ei sit adiudicanda, quæ sententia frequentius recepta est in d. l. Marcellus. §. res quæ. Et hanc non illam Iacobi & Cyni communem esse ait Bertrandus cons. 7. num. 7. vol. 5. Non obstat d. l. creditoris arbitrio. D. de distract. pign. quia de vero creditore loquitur, & cuius arbitrio permittitur in rebus pignori obligatis liberè agere. At verò in quæstione nostra recurritur ad boni viri arbitrium d. l. scimus. in pri. neque habetur aliqua ratio arbitrij filij fictitij

creditoris. Nam is quidem impropriè talis est, vt & patronus qui ad cæterorum creditorum æstimationem non sunt redigendi, arg.l. si quis legatum. §. si patronus.in final.D.ad l.Corn.de fals. Præterea creditor verus res pignoris insolidum habet obligatas, l.moschis.& ibi not. D.de iure fisc.l. quandiu. C. de distract. pign. Ergo meritum arbitrium ei & electio conceditur. At filius in tota substantia defuncti creditor est:in singulis verò rebus,non nisi pro rata,d.l. 2.C.ad l.Falcid.d. l. Plautius. D.eod. Quæro præterea,an de dignitatibus, puta regno, comitatu, marchia, deducatur legitima? Et non detrahi receptius est, post gloss.Innoc.& alios in capitulo licet.ext. de voto. quos refert Tiraq. 5. quæst. de iure primigen. Adducuntur hæ rationes. Prima, quia dignitates diuisionem non recipiunt,cap. 1.§.præterea ducatus. de prohib. feudi alienat. per Frider. ideoque ex his meritò legitima non deducitur, quæ sine diuisione detrahi non potest. Sed hæc ratio parum tuta videtur, cùm in substantia defuncti, pleræque res sint indiuiduæ, vt sunt seruitutes, & reliqua iura, in quibus tamen vt & in reliquis rebus hereditariis legitimam habet filius pro rata. Præterea, res naturaliter indiuisa cùm æstimationem recipiat l. non amplius. §. cùm bonorum. de legat. 1. arbitrio boni viri poterit ex ea legitima deduci, cùm præsertim ante Fridericum diuiderentur hæ dignitates, argumento cap. 1. §.præterea. ibi, *de cætero non diuidantur.* Nec consequens est, ex ea re legitimam non detrahi, quæ diuisionem non recipiat, sufficit enim vel saltem æstimari posse, d.l.non amplius.§. cùm bonorum. Secunda ratio æquè infirma est, qua statuunt

ſtatuunt dignitates eſſe legitimas portiones primigeniorum, ex legitima autem non deberi legitimam, cùm quota prioris ſit, & ſine vllo grauamine vel onere ad eum ſpectet. l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. Nam fateor, dignitates huiuſmodi legitimas eſſe portiones primigeniorum, quia eas à lege aut conſuetudine habent. Sed non illæ ſunt legitimæ portiones, quæ debita bonorum ſubſidia vocantur, & onerum non ſunt participes, quarum regulis aut taxationi non ſubſunt, ſed exhauriunt nonnunquam totam hereditatem aut patrimonium defuncti. Quomodo igitur portio ab inteſtato competens legitima eſt, quia à lege defertur legitimis heredibus, argu. l. lege obuenire. D. de verb. ſig. & tamen grauamini atq; oneri ſubiicitur, ita & ius primogenituræ, quinimo & primogenitus ad debita & æs alienum tenetur. At verò, longè aliud eſt in legitima legitimæ, ſiue portione portionis ab inteſtato debitæ, quæ aliis legibus & conditionibus nititur. Ergo de dignitatibus deduceretur eiuſmodi legitimæ æſtimatio, quod nec abnuit Guido Pap. deciſ. 476. & 487. Quin & ipſa bona, quæ dignitati annexa ſunt, diuiduntur, quomodo ſcilicet prædia, tam dominantia, quàm ſeruientia, diuidi ſolent: l. ergo. cum ſeq. & l. ruſticorum. §. 1. D. de ſeruit. ruſt. præd. quãuis ipſa prædiorũ iura, ſeu ſeruitutes, diuidi non poſsint. l. via. D. de ſeruit. Quæri demum poteſt, an de bonis feudalibus legitima detrahatur? Et cũm varia ſint feudorum genera, tenor inueſtituræ diligenter erit inſpiciendus argumen. cap. ſi cui. de extraord cap. Corr. & cap. 1. de duob. fratrib. à cap. inueſtit. in vſib. feud. Qua in re diligenter notanda eſt hæc definitio, qui in feudis

ſuccedunt,eoſdem & in eis legitimam habere. Nam ſucceſsio ab inteſtato legitimæ mater eſt, vt aliàs oſtendimus. Itaque cùm iure communi feudorum fœminæ in feudis non ſuccedant, tit.quemad.feud. ad fil.peruen.& c.1.§.filia.tit. de feud.ſucceſsio.ergo nec legitimam in iis petere poterunt.Sed iure noſtro municipali cùm admittantur ad feudi ſucceſsionem & adquiſitionem, in iis legitimæ iura conſequentur. Reſtat ille tractatus, quomodo detractio legitimæ fiat. Ita verò deducenda eſt, vt omne onus & grauamen ſubducatur prius, d.l.quoniam in prioribus. & ibi not.paſsim.C.de inoffic.teſt. Integra enim & illæſa debetur, ſiue proprietatem, ſiue vſumfructum reſpicias,auth.nouiſsima.& ibi DD.C.eod. Quinimo & omnis dilatio tollenda, ſic vt ſtatim à tempore, quo debetur, ſolui debeat.l. ſcimus.§.1.C. de inoffic. teſt. Bald. authen.ex cauſa.C. de lib.prætcr. Caſtr.in d.auth.nouiſsima.prope fi.num.13.Iaſ.ibid. num.44.vbi communem aiunt,niſi dilatio,conuentio,aut grauamen fauorabile eſſet, non iniurioſum &odioſum,arg.l.multi non notæ.D.de lib.& poſt. l. cum ex filio.D.de vulg. & pup.l.in fideicommiſſ. §. cum Polidius.D.de vſur.l.filius matrem.D.de inoff. teſt.vbi DD.communiter.Thomas Ferra. in caut.35. num. 25. & Cepol.21.num. 2. Caſtr. conſ. 77. col. 2. lib.1.Nam l.multi non notæ.non eſſe correctam hodie,tenent Cyn.Bart.Ang.Imol.in d. l. cum filio.de vulg. In ſpecie vide Alex.in d.l.multi.verſ.præterea. His ſic præſuppoſitis, videndum, quomodo grauamen deduci debeat,& legitima liquida fieri. Qua in re I C. præceptum ſequi oportet, vt deducto ære alieno,& funeris impenſis,eò perueniamus.l.Papin.

§.quartæ.

§.quarta. D.de inoff. Sed & relicta ad exonerandam conſcientiam patris minuent legitimam. Ang.in l.1. §.ad municipium. D.ad l.Falc. Alex. conſ. 47.col.3. verſ. ſed præmiſsis. vol.1.Eadem I C. ratio ſeruatur in Falcidia,cum qua legitimę multa ſunt cõmunia.§. cum autem.Inſt.de lege Falc. Hæc tamen ita nõ ſunt accipiẽda,quaſi funeris ſumptus ęris alieni deductionẽ ſequi debeat,cùm certũ ſit funeris cauſam omne creditũ pręcedere l.pen.D.de relig.quinimo & tacitis hypothecis pręferri l.& ſi quis.§.1.D.eod.Ad ordinẽ ergo nõ reſpexit IC.Sed ea cumulauit quæ ante legitimã deducerẽtur.Ordo enim iuris eſt,vt æris alieni ratio poſthabeatur funeris impẽſę,d.l.pen.aut quod verius eſt,æris alieni vocabulũ præmiſit I C. tũ ſpeciale ſubiecit. Nã etiam æs alienum cõſtituit funeris impenſa l.impenſa. D. de relig. quinimo & ipſa legitima.not. gloſſ.in l.ſi quis legatum.D.ad l. Corn. de falſ.quaſi enim debita eſt,l.fin.§.ſinautem perpetuas. C. de curat. fur. §. ſi quis autem non implens, auth. de hered. & Falc. Quæ verò funeris cauſa facta dicantur,id eſt,quæ ſint legitimæ funeris impenſæ,repetendum à Iureconſ.in d.l.& ſi quis.§. funeris cauſa. cum ſeq. quæ latius & copioſius exequitur Alex. in l.vlt.§. in computatione. C. de iure delib. Porro æs alienum etiam intelligemus, quod heredi debetur.l. irritum.C.ad l.Falcid.niſi in caſu l.quamuis.8.§.ſi mulieri. D. ad S C. Velleian. Ergo in ære alieno computabimus, quod teſtator cuicumque debuit,vt & eo nomine dos cenſeatur l.virilis.§.pen.D. de leg. præſt. non quod ipſe heres debet. Ideo nec legata relicta in teſtamento æris alieni appellatione hic venient,eorumque deductio ante legitimam non

fiet,nec ab iis minuetur legitima, quia in ære alieno heredis sunt,non autem testatoris. Ea enim nunquã debuit defunctus, sed heres iis se alligauit per aditionem hereditatis,qua ratione dicuntur præstari ab herede,initio tit.Instit.de leg. l. cum sub hac. D. de cond.& dem. quo fit, vt numeris hereditarij esse dicatur legatorum præstatio,l.2. D. ad Treb. Denique quamuis legata dicantur esse legatarij adita hereditate, quasi nũquam facta heredis,l.legatum.de leg.1. l.à Titio. D.de furt.hoc tamen intelligendum est,deductis deducendis,veluti ære alieno,funeris impensa,& legitima filiorum. Itaque cùm de iis detrahitur legitima,de patrimonio ipsius testatoris, non legatarij,detrahi dicitur, quemadmodum etsi de rebus legatis funeretur defunctus, de suo magis quàm de alieno funerari videtur,d.l.etsi quis. §.1. D. de relig. Verius est igitur, vt legata non minuant legitimam, quæ & salua lege Falcidia præstanda sunt l.si vniuersæ.C.de leg.denique omni ære alieno deducto l.successores.C.ad l.Falcid. Atque in legitima nominatim videtur voluisse Iustin.Nou.de trien. & sem.in prin. cùm licentiam dat parentibus, tum demum ad liberalitatem in extraneos exercendam peruenire, cùm natura,quo decet modo, curata est, nempe cum est relicta debita quantitas,quibus debetur,tum ad legata facienda, quæ liberalitatis appellatione & donationis veniunt,posse perueniri. Alioquin inuenta esset ratio,cur legitimæ portioni fraus fieret, magnitudine legatorum. Non sunt igitur in ære alieno legata,quia nec debetur,nisi eo deducto. d.l.successores. C.ad l. Falcid.idemq; in donationibus causa mortis obtinet.l.circa legem.66.§.1.D.ad l.Fal. Quid,quod

receptum

receptum est etiam legata pia legitimam nõ minuere? idque notat Accurs.in l. si quis ad declinandam. C.de episcop.& cleric. *Quicunque enim*,inquit Augustinus,*vult exheredato filio heredem facere Ecclesiam,quærat alterum,qui suscipiat,non Augustinum*.can.vlt.17. q.4. In eam rem extat Alex.respons. 18.vol.4. Et sane ita piæ causæ fauendum est,vt nec aliorum ius lædatur, c.ex tenore.ex.de foro compet.Recte siquidem præcipit Dominus Exod. 24. in iudicio pauperis causæ iniustæ non esse miserendum.Quid verò si supersint alia bona,vnde legitimæ æstimatio deducatur, an de legatis nihilominus detrahetur? Extat sane Baldi sententia in rub.D.de.rer.diuis.eo casu ad legata manum mittendam non esse, quam veram quidem putarem etiam post Nou.de trien.& sem. in princ.qua statuitur, per omnia id quod cuique legitimæ nomine competit æquale esse debere, tam in quantitate.Hæc enim æqualitas vt obseruetur, non est necesse legitimæ rationẽ haberi in omnibus rebus hereditariis, quantumuis legatis, nisi quo casu trientem aut semissem bonorũ,ex quibus debetur legitima,excederẽt.Quia ęqualitas illa à Iustiniano introducta custodienda est inter filios,id est,inter eos qui partẽ habent in triente aut semisse, non autem inter legatarios. Ergo si semis aut triens integer supersit, vt inde legitimæ portiones constitui posśint,id quod excurrit quia liberè legari potuit d.Nou.de trien.& sem. post princ.in deductione legitimæ non attendetur. Et hic est verus d. Nou.sensus. Quid verò de libertatibus statuendum, an hæ scilicet legitimam minuant? Pro certo affirmat Iurecon.in d.l.Papin.§. quarta.maxime legis Falcidiæ exemplo,quæ item libertates

bertates non minuit, quod & ad fideicommissarias Senatusc. productum est l.pœnales.in fi. cum plurib. seqq. D.ad l.Falcid. In quibus Senatusf. nomine Pegasianum intelligo, quo solo quarta est introducta in fideicommissis. Et vereor, vt illis legibus contineantur capita Senatusc.illius, quia desumptæ sunt fere ex libris fideicommiss. Pompon. Pauli, & Valentis. Producit ergo l. Falcid. ad fideicommissarias libertates Pegas. Senatusc. vt quomodo directas libertates non minuebat, sic nec quarta Senatusc. inducta. Aeris enim alieni loco deducuntur pretia seruorum.manumissorum l.æris alieni. D.ad l.Falcid. Ioannes tamen rectè existimabat, hodie libertates legitimam non minuere, propter Nou.de tri.& sem. §. prohibemus.vbi id disertè non constituitur: rectè tamen colligas, nolle Iustinianum, aliquo prætextu, fouere crudelitatem parentum in filios. Ego verò & hac ratione confirmari crediderim Ioannis sententiam, quia si per legata pia non minuitur legitima, vt diximus, ergo nec per libertates, quæ fere piis causis adscribi & comparari solent.not. interpret. in auth. similiter.C.ad l.Falcid. Et sane rigorem illum Senat. nimiumque libertatum fauorem, in præiudicium legitimæ, non videtur probasse Vlpian.in d.l.Papin.§. quarta.vers.cum igitur.vbi suggerit modos, quibus eludatur talis dispositio. Quæri demum potest, an ex substitutione, aut fideicommisso legitima deducatur, id est, an debeat detrahi de bonis, in quibus alius erat substitutus, aut quæ fideicommisso erant onerata? Minime, quia vt æs alienum deducuntur, arg. l.irritum. C. ad l.Falcid. quæ de fideicommisso loquitur, vt multò potius idem dicendum sit in substitutione directa

directa. Atque ita respondit nullo subnixus iure, nullaque producta lege, Craueta consl. 19. num. 14.

An duplex deductio, quæ canonibus probatur, iure ciuili cognita sit. *CAP. XIII.*

MAGNA succedit quæstio, & omniũ tractatarũ vtilissima, vtrum duas portiones legitimas detrahat filius, quod contingere potest, si præter debitum bonorum subsidium, vel ex legatis, vel ex fideicommissis, aliam portionem detrahere permittatur, & quomodo. Ecquidem duplex deductio, & legitimæ, & portionis ex Trebell. debitę, hodie receptissima est, propter auctoritatem cap. Raynutius. & cap. Raynaldus. ex. de testam. Sed causas & rationes inquirere nostri est muneris. Prius videndum est, an iure ciuili recipi possit. Sunt qui putent, & præcipuè Martinus cum sequacibus existimauit, vt Odofredus adnotauit, mouerique possunt ex duplici filij persona, quia vt filius statim habeat legitimam, vt quilibet heres grauatus, Trebellianicam. Cuius duplicis personæ intuitu multa etiam alia conceduntur arg. Nou. vt iud. sine quoquo suffrag. §. illud tamen. cum seq. Vbi enim plura in eandem personam deuenerunt, discreta debent esse in effectu l. tutorem. D. de his quibus. vt indig. Solet in hanc rem produci l. quoties. D. ad l. Falcid. in qua, quod lege Falcidia, & quod Papia capitur, concurrunt. Ego fragile inde argumentum colligi puto, quia de caducis loquitur, quæ ante Iustin. in fiscum deferebantur, ergo etiam Terent. Clementis tempore, qui illius legis auctor est. Et quamuis ius antiquum seruaretur liberis & paren

parentibus vsq; ad tertium gradum, Vlp. in frag. reg. tit. qui habeant ius antiq. de his tamen nō loquitur, sed generaliter & regulariter concepta est. Verius adhuc dici potest, non affirmare illum, quòd deducta portione Falcidiæ id quod excedit legis Iuliæ quantitatem maneat apud heredem, quin potius hoc tantum statuit, post deductionem Falcidiæ deberi id quod est legatum aut relictum, dum intra legis Iuliæ definitionem consistat. Ergo vltra Falcidiam nihil heres consequitur, adeo vt hanc sententiam potius impugnet quā adiuuet d.l. quoties. Coloratius. Huius sententiæ argumentum peti posset vnde nulli interpretum adhuc suspicari contingit, nempe ex l. 1. in fin. D. si quis à par. fuer. manu. qua constituitur patris iura legitimam scilicet portionem patri debitam non admitti, quantumuis vt patronus admittatur ad aliam portionem ex edicto ei debitam. Illa lege non est vlla clarior in hanc rem, sed de eius sensu dicemus postea. Nituntur item huius sententiæ assertores l. quamquam. C. ad l. Falcid. & l. iubemus. C. ad Senatusc. Treb. quibus eueniente fideicommissi conditione detrahitur ex Treb. quarta, ergo, inquiunt, duplex portio, quia legitima, debitum bonorum subsidium, statim à patris morte ipso iure detracta fuit. Quasi verò non primus auctor fuerit Iustinianus detrahendæ ipso iure legitimæ l. omnimodo. C. de inoff. testam. Sed leges illæ quibus nituntur, Gordiani & Zenonis sunt, quorum tempestate nondum ipso iure legitima deducebatur. Alij numero plures incognitam iure ciuili fuisse putant hāc geminam deductionem. Quorum antesignanus dicitur fuisse Pylius ab Odofredo in l. quamquam. C.
ad l.

ad l. Falcid. nisi is Placētinus est, Martini aliàs sectator, sed ab eo hac in quæstione diuersus. Nam Pylij & Placentini obscura sunt sæpe nomina in Odofredo & Accurs. quia signatur sæpe primaria littera tantùm. Quicquid sit, Pylio non occurrit auctor antiquior. Ideo autem iure ciuili improbata est hæc duplex deductio, quia & qui habet quartam ex constitutione D. Pij, tanquam adrogatus, non admittitur ad querelam inofficiosi testamenti. l. Papin. §. si quis impubes. D. de inoffic. Et ne cui singulare videatur, in quarta D. Pij. eadem etiam l. in §. quarta. dicitur, eum qui ex asse heres institutus quartam ex lege Falcidia habet, de inofficioso queri non posse. Idem iuris in portione patrono debita, qua percepta excluditur quarta Falc. l. 1. §. pen. D. si cui plus quā per l. Fal. Egregiè facit l liberto. 21. §. filiū. D. de ann. leg. vbi filius rogatus restituere detrahit tantū vnū quadranté. Quid, quòd Paulus 4. sent. tit. 5. ait, filium heredē institutū ideo non posse inofficiosum dicere, cū apud eum quarta, aut legis Falcidiæ, aut Senatusc. Pegasiani beneficio, sit remansura. Altera igitur manet tantùm, non vtraque. Nec repugnant huic singulari detractioni Iustiniani Nouellæ, quinimo eam potius adiuuant. Nam cùm in Nou. 39. de restit. & ea quæ par. in vnd. heres rogatus restituere possit diminuere fideicommissum, ex causis ibi expressis, etiam vltra legitimam: ergo deductio fideicommissaria nulla fiebat, vt notauit ex vetustioribus Martinus Silimanus referente Alber. in auth. res quæ. C. com. de leg. Abstinui de industria à Nou. 1. de hered. & Falcid. §. si quis autem non implens: quia quod ibi statuitur, filium voluntatem patris non implentē

solam legitimā retinere, cętera deuolui ad personas ibi enumeratas, argutus aliquis posset inferre, sanctione & pœna cōstitutionis illius nō iure cōmuni factū esse. Hic opinionū & auctoritatū cōcursus mouit veteres, vt ad latebrā distinctionis confugerent. Cuius antiquissimus auctor Azo ferme, siue Ioannes est, in summa Nou. 1. de hered. & Falc. quē ibi sequitur Accursius in d. l. Papin. §. si quis impubes. in l. quāquam. C. ad l. Falc. Sane Azoni tribuit Odofredus in d. l. quāquam. Aut enim, inquiunt, purè & statim rogatur restituere, & vna deductio sufficit, aut sub cōditione & diuersis tēporibus, & tunc duplex admittitur delibatiō. Quam sententiā totus mundus sequitur, inquit Alber. in auth. nouissima. C. de inoffic. testam. & vidit in iudiciis communiter seruari. Nec tamen hæc distinctio totum negotium componit, quia non potest aptari omnibus aliis portionibus, de quarum coniunctione & duplici deductione tractamus, sed fideicommissariis tantùm. Quid enim de legitima & Falcidia? Quid de legitima & quarta D. Pij? Quid de Falcidia & portione patroni? nam & hæ omnes cōcurrere possunt, an verò in iis sequemur ius scriptum, vt huius deductionis ratio habeatur? Quod illi videntur velle, & Azo non obscurè indicat, cùm ait, *Satis puto in omnibus his casibus unam quartam sufficere, nisi in casu, cùm rogatus est filius institutus restituere hereditatem sub conditione, uel in diem.* Atque ita puto intelligendum esse Accurs. ex præceptoris sui sententia. Esse enim hanc Azonis sententiam idem Odofredus apertissimè ostendit d. l. quamquam. Hæc verò etsi receptissima sint, turbantur tamen à pluribus iisdémque veterum doctissimis, quia non tam videatur

dicatur illa sententia ratione quàm auctoritate nititur. Ipse Accursius prauè defendit, à qua tamen recedit in d.l.1.§.pen.D.si cui plus quàm per l.Falcid. Cuius exemplo ab ea etiam recedere licuit Odofredo, Oldrado consi.265. Oberto Cremonensi, Richardo, Dyno & aliis enumeratis ab Alex.cons. 142. nu. 142 lib.2.& sequitur Mölin.in addit. cons. 43. eod. lib: Qui omnes ne quidem illo casu Azonis duplicem deductionem admittunt, vel ideo quia iniquum esset ei plus fauere qui minus grauatur, id est, purè rogato restituere solam & meram portionem concedere, at verò iusso restituere sub conditione duas vltro attribuere, cùm tamen leuius sit huius onus quia posit non euenire conditio. Itaque cui decem sub conditione legata sunt, minus decem legata videntur, cùm interusurium medij temporis minorem faciat quantitatem decem, l.circa.D.ad l.Falcid. idque etiam in legato in diem obtinet l. in lege Falcid. 45. D.eod. Clarius oppugnari puto preiudicatam illam sententiam per d.l.1.§. pen. D. si cui plus quàm per l. Falcid. vbi ne quidem conditio efficit, vt geminentur duarum legum beneficia seu portiones. Praeterea, si verum est, ea quae iure hereditario percipiũtur imputari in quartam fideicommissariam per l.in quartam.D.ad l.Falcid.ergo & eueniente fideicommissi conditione, id quod legitimae iure perceptum fuerit, imputabitur in Trebellianicã. Quia cùm certum sit, hodie titulo institutionis legitimam portionem relinquendam, §.aliud quoque capitulum. Nou. vt cùm de appel. agnos. 125. necesse est hereditariò iure legitimam capi. Solet etiam in hanc rem produci l.filium quem. C. fam. ercisc. in qua ex fideicom-

misso conditionali filius vnam tantùm quartam deducit, quinimo si plus perceperit, iudicio familiæ erciscu. reddere compellitur. Cuius legis cùm sit notabilis difficultas, experiemur eam ad facultatem & veritatem explicationis reducere. In eius igitur specie ponendum est testatorem septem habuisse heredes, tres nempe filios, & quatuor extraneos. Primum ex filiis rogauit restituere hereditatem sub conditione duobus fratribus, & duobus extraneis, primo & secundo, idque sibi habito & retento fundo. Eueniente igitur conditione & restitutionis die, fundi partem septimam iure hereditario capiet, reliquas à coheredibus. Agitur enim hic de specie non quantitate. Hæc tota iure hereditario capitur: l. cùm pater. 77. in prin. de leg. 2. illa verò à coheredibus necessario pro parte accipitur, l. deducta. §. acceptis. aliàs nummis. D. ad Trebell. quia vnusquisque in fundo prælegato partem habet, l. qui non militabat. in prin. D. de hered. instit. Quamobrem in deductione quartæ, imputabit suam portionem fundi, quam iure hereditario capit, l. in quartam. D. ad l. Falcid. partes verò reliquas coheredem an etiam imputare debeat? Et quidem eorum partes, quibus restituere rogatus est, compensabit, quasi imputationis iure. Nam & compensatio pro imputatione est. Vt enim per imputationem minuitur Falcidia, imò & tollitur, si ad finem quadrantis fiat, sic & per compensationem l. heredis. 15. D. de his quibus vt indig. At verò, si omissis aliorum coheredum imputationibus, quibus nihil est rogatus restituere, deducat de fideicommisso id quod quartam impleat, sic vt integrã iam habeat, imo & præter siue supra eam partes coheredum retineat,

neat, merito constituit Imp .arbit. fam. ercisc. compelli ad reddendum quod supra quartam habuit, nempe partes fundi prælegati aut retenti duobus aliis coheredibus, quibus nihil restituitur, ipso iure competentes. Obstat igitur l.in quartam. qua videtur constitui, id quod à coheredibus capitur extra quartam esse, id est, non imputari, l. quod autem.74. D.eod.l.si Titius. 96. de leg.3. sic vt nec restitui debeat, l.in fideicommissariam.§.fin.D .ad Treb. Ergo non debuit imputari aut compensari. Sed responderi potest, eum qui retento fundo portionem restituere rogatus est, si quartam præterea petat, facere contra testatoris voluntatem, qui quartæ loco sibi fundum habere eum voluerit. Meritò ergo imputabitur in Falcid.l.sed si ideo.75. l.Titia.86.in fi.D.ad l.Falc. vt enim quid imputetur vel non, exigi solet ad testatoris voluntatem, arg.l. Marcellus.§. quidam.D.ad Treb.l.cum virum.C. de fid. vbi integræ præceptiones computantur, quod aliàs regulariter non fit, d.l. in quartam. Successit his & alia sententia, sed infirmior multò, & vix vna bona ratione subnixa, quam primus excitauit Berengarius Fernand. in repetitione d.l.in quartam.5. præfat. nu.6. quæ reiecta distinctione restitutionis hereditariç statim aut ex interuallo faciendç, omnimodo statuit duas portiones deducendas. Eoque disputatione tandē deducitur, vt contra omnem çquitatem & iuris disciplinam casus quosdam comminiscatur, in quibus tres, quatuor, quinque addo, si diis placet, & sex quartas seu portiones ex vna eademque hereditate detrahit. Vim prçcipuam facit in auctoritate l.coheredi. §. cum filię.D.de vulg. vbi ex DD.sententia ideo à filio, non

eius herede legitimo, fideicommissum relictum videtur, ne comprehendatur legitima portio. Et falcidiam nihilominus deducent legitimi heredes, propter illa verba, *salua falcidia*. Ergo duæ portiones ex eadem hereditate detrahentur. Sed Berengario probandum erat, purè rogatum duas portiones detrahere, quod tamen non efficiet illa l. in qua fideicommissum conditionale fuit, *si impubes diem suum obierit*. Præterea commentitia est illa ratio, ideo à filio, non autem legitimo herede, fideicommissum relictum videri, ne comprehendatur legitima. A filio enim relictum re vera fuit, ex ipsa verborum figura, cùm dicat Iureconf. *Si heredem filium rogauerit pater*. Nam & illa verba, *ut ab impubere fideicommisso post mortem eius dato*, veritatis, non fictionis, sunt designatiua. Illo igitur casu, filius nequidem duas portiones detrahet, quà filius, & quà heres rogatus, propter incognitam iure ciuili duplicem hanc deductionem. Aliæ Fernandi rationes leuiores sunt, quàm vt in eis refellendis operam perdam. Hæc tamen à me in hac nobili quæstione disquisita sunto, non eo animo, vt vulgarem & tritam sententiam de duplici deductione in conditionali fideicommisso loco depellerem, quæ vsu iudiciorum stet magis quàm ratione, quinimo quam in scholis esse approbatam scripsit Ang. in d. l. coheredi. §. cum filiæ. Sed vt synceri interpretis partes agerem, cuius est officium causas & rationes cuiusque notabilis sententiæ exquirere. Nec verò ita recepta est illa præiudicata opinio, quin exceptionibus quibusdam vitietur. In ascendentibus enim locum non habere suo loco diximus, quia pontificiæ constitutiones in descendentibus tantùm loquuntur,

nec

nec leges nouæ ad consequentias facilè producuntur. Nou. 20. de offic. quæ ministr. in sacr. appell. l. præcipimus. C. de appellat. & facilis solet esse recursus ad ius commune, arg. l. si vnus. §. pactus ne peteret. D. de pactis. in fi. In summa, comparatio casuum à lege inducta intra speciales & expressos continenda est, argum. l. penult. D. si quis à pat. fuer. man. Sunt verò, qui putant probari hanc sententiam l. filiusfam. 18. D. ad l. Falcidiam, vbi fideicommissum quidem est conditionale, & à patre relictum. Sed non magis ibi duplicis deductionis fit mentio, quàm à toto iure ciuili; à quo repetenda non sunt disputationis huius auxilia. Non obstat enim l. 1. §. fin. D. si quis à pat. fuer. man. quàm pauci vrgent, & in qua tamen duplicis iuris deductionem pater habet. Nam respondeo ad duarum portionum detractionem nó pertinere, & de iure deducendi ibi non agi. Sed nec vllum illius legis verbum cò nos inuitat. Tota difficultas consistit in explicatione iuris antiqui cuius ibi fit mentio. Accursius varias interpretationes profert, quas tamen meritò improbat. Nó est verò existimãdum, ius antiquum id esse portionẽ legitimam, siue subsidium bonorum ascendenti debitum. Esset enim demonstrandũ, ius illud esse antiquius prætorio edicto. Sed & alia ratione hic sensus admitti non potest, propter cõcursum duplicis detractionis etiã in causa benigniori prohibitum l. 1. §. illud. D. si cui plus quàm per l. Falcid. Nolim etiam ibi ius antiquum exaudire, pro portione, quæ in præmium emancipationis olim patri concedebatur. Id enim ex constitutione Constantini manauit l. cum oportet. C. de bon. quæ lib. quã longè prætoriũ edictũ præcesserat. Quinimo

& sine manumissione non cõpetis Cõstantiniana illa portio.§.hoc quoque. Inst.per quas pers.cuiq; adquir. Atqui in d.l.1.§.fin.de iure,quod etiã sine manumissione pater habet,quęritur. Magis est igitur,vt sit verus hic legis illius sensus,patrem quidẽ manumissorũ portionem tanquam patronum habere, & portionis nomine bonorum possessionem contra tab. Sed tamen iuris veteris prærogatiuam ei seruari, & supra constitutam illam portionem, habere ea etiam quæ filius in potestate adhuc constitutus quæsierat, quorum dominium pater statim habebat, sic vt nec momento in filij persona consisterent. l. placet. D. de adq. hered. Instit. per quas person. cuique adquir. in princ. Quò & nos ducit Iureconsult. cùm ait, *Ante manumißionem habebat*, quasi scilicet iam parta quæsitaque fuissent, quæ per manumissionem non amisit pater. Ipsa etiam ratio vtriusque prætorij edicti eò nos apertè vocat d.l.1.in fin.D. si quis à par.& l.1.in fin.D. de bon. lib. Constitutæ sunt enim portiones parentibus, & patronis, edictis illis, propter ius antiquum maius & pinguius, quod habebant in bonis à liberto aut filio quæsitis. Ergo ius antiquius in d.l.1. in fin. dicemus esse ius ciuile, quo filiusfam.patri omnia quęrebat, exceptis castrensibus aut quasi, quæ manumisso filio pater nihilominus sibi poterat defendere,tanquam nunquam facta filij, d. l.placet. Altera exceptio ad hanc vsurpatam sentẽtiam primùm à Baldo præscripta fuit in d.l.filium. C. fam. ercisc. deficere nempè in filio instituto in re certa, quantumuis sub conditione rogato. Hic enim ne quidem duas portiones detrahit, quæ vniuersali tantũ heredi concessæ sunt.d.c.Rayn.& c.Raynald.

Vnde

Vnde patet, quàm cautè & solicitè nostri vitauerint, ne abnormis hæc opinio extra casum definitũ protenderetur. Tertiò, vitiatur illa sententia, quo casu pater in Trebellianicam statuisset legitimam imputandam esse, cuius præceptum hac in re sequi conueniat. Nec dubitationem res habet vt consensu auctorum est receptum, secundum Iasonem in authen. res quæ. C. com. de legat. Videtur enim tali præcepto Trebellianicam inhibuisse, quod & licitum esse notissimum est, Nouel. de hered. & Falcid. §. si verò expresśim. Quartò & vltimò, excipitur filius rogatus restituere, qui non in triente verùm in semisse legitimam habet. Nam de triente tantùm loquuntur canones, qui non sunt facilè ad semissem producendi. Eueniret enim, vt fideicommissarius minus, ex bonis consequeretur, quàm grauatus heres sibi retineret. Deducto enim semisse legitimæ nomine, si in reliquum semissem quartam Senatusc. haberet, manifestè consequeretur plus fideicõmissario heres grauatus. Quod absurdum Baldo visum est, cons. 94. lib. 2. quem sequitur Craueta cons. 50. lib. 1. apertius & clarius Molin. in notis Alex. cons. 3. lib. 7. nec improbat Couar. d. c. Rayn. §. 11. nu. 6. & probari potest arg. l. Saluius Arist. D. de leg. præst. vbi emancipatus, qui obtinuit bon. poss. contra tab. & heres est pretorius, contraque voluntatem defuncti, non debet tamen minus habere quam legatarij, quantumuis ex personis sint excepti. Ergo multò magis in alio herede, quem testator facit suo iudicio. Quas omnes limitationes, ac sententiæ præuaricantis à præceptis ciuilibus restrictiones, quasi reductrices legitimi iuris magis probarim, arg. l. si vnus §. pactus ne peteret. D. de pact.

Quæ res in legitimam imputentur.
CAP. XIIII.

CONSEQVENS est, vt de imputatione legitimæ videamus, & quæ res eam repleant. Imputare autem, siue computare, nostris auctoribus idem est, & à contributione & collatione distinguitur. Contribuunt aliquando heredes, aut substituti, legata ab iis relicta, id est, confundunt & communi calculo subiiciunt, contra iuris regulam qua dicitur legatorum rationem separandam esse. l. in ratione. §. quæsitum. D. ad l. Falcid. At verò conferunt coheredes liberi, vt partem intestatam consequantur, l. liberos. C. de collat. Imputant filij, aut à filiis ius habentes, in portionem legitimam portionis ab intestato. Denique conferunt multi in vnam hereditatem, vnus imputat in suam portionem. Collatio fit etiam ab intestato, imputatio testamentum exigit, quemadmodum & legitima. Collationi subiiciuntur omnes res quæ imputantur, at nòn imputantur omnes quæ conferuntur, l. pen. C. de collat. In summa, contributio de legatis tantum dicitur, collatio & imputatio etiam de aliis rebus, quia non sola legata conferuntur aut imputantur. Item contribuitur aut confertur aliis, imputatur verò sibi ipsi. Hic est enim varius horum verborum vsus, disciplinæ causa discretus à nostris I C. à quo tamẽ aliquando excidunt, & computationẽ pro contributione ponũt, l. in quartam. in fin. D. ad l. Falcid. Duabus porro regulis totam imputationis huius rationem constringemus. Prima sit, eas demum res in legitimam imputari, ex quibus & legitima repletur. Imputatio enim ideo fit, vt repleatur

pleatur legitima, & ne quid ei desit. Repletio autem ex paterna debet fieri substantia l.scimus.§. repletionem.C.de inoffic. Ergo & hæres imputabuntur, quę exinde profectæ fuerint arg.l.quoniá nouella.in fin.C.de inoffic.Substantiæ autem vocabulum monuimus aliàs, nihil aliud significare quã patrimonium, cẽsum, facultates, bona defuncti, arg.l.cogi.in prin.D.ad Treb. Ergo, quod extra substãtiam vel patrimoniũ erit, non imputabitur, veluti si quid ex substitutione, aut iure adcrescẽdi, ad filium peruenerit d. §.repletionem. Nam si pater filio impuberi heredem fecerit alium filium, eumque pupillariter substituerit, extra patris substantiam computabit fratris hereditatem filius substitutus, quia videlicet duæ sint hereditates. Idemque dicendum est, si quid iure adcrescẽdi perceperit filius, quibus casibus vsusfructus legatus inter fructuarios adcrescit, toto tit. de vsufr. adcresc. Itaq;, quod patris contẽplatione seu ministerio filio fuerit quęsitũ, in legitimã nõ imputabitur, quia verũ est ex substantia patris nõ deduci. Igitur & filius, cui pater ab alio rogatus restituit hereditatẽ, non videbitur ex substãtia patris habuisse, ar.l.vnũ ex familia. in pr.D.de leg.2. Qui enim fortuito nõ iudicio testatoris cõsequitur aliquid, nõ debet onerari imputatione, ar.l.sed & si sic.6.in fi.de leg.3.arg.l.qui fundũ.87.§. qui filios.D.ad l.Falc. Quid verò de relicto à cognato aut amico patris statuendum, an in legitimam imputari debeat? Minime verò, quia de substantia eius non capitur, quod eius occasione percipitur. Substãtiam enim & pecuniam testatoris vrgent leges d.l. quoniam nouella.& l.omnimodo.§.vlt. C.de inoff. Neque obstat, quòd eodem casu pater adrogator filio adrogato

adrogato substituat, tanquam si illa bona sint ab eo profecta, l. sed si plures. §. in adrogato. D. de vulg. quia respondeo ibi substantiæ verbum, vt hic, non exprimi. Denique ille casus fauorabilior, quo pupillo adrogato fit testamentum, hoc verò filius prægrauatur, & occasione aduentitij lucri debita portione substantiæ paternæ fraudatur. Denique lege non est expressum, vt talia bona imputentur, ergo legitimam non replebunt, argum. l. penult. C. de collat. Hæc dicenda fuerunt, ne quem turbaret Petri & Cyni sententia in d. l. omnimodo. quos sequitur Alexander in d. §. in adrogato. qui contra expressa legum verba sententiæ contrariæ iniqui sunt defensores. Altera regula est, ea tantùm in legitimam imputari, quæ vt imputarentur lege expressum est. l. penult. C. de collat. Non est igitur arbitrarij iuris, sed certi, legitimæ computatio, cùm extra legum præscripta nihil in eam veniat. Et quidem lege cautum est, dotem in legitimam imputari l. quoniam nouella. C. de inoffic. Siue igitur pater siue mater dederint, semper legitimam replebit dos de illorũ substantia capta, & ab iis profecta. Alioquin si dotem filiæ cõstituerint de bonis aduentitiis, aut fideicommisso filiæ debito, non habebitur eius ratio, vt ex pręcedenti regula cõstat. Et sane est æquissimum, vt dos, quæ legitimæ vicem interim tenet, vt notatur in l. Titio centum. §. Titio genero. D. de cond. & dem. etiam in eam imputetur. Aliud in Falcidia, aut Trebellianica, obtineret. Nam dos, quæ ex testamento aut iure hereditario non capitur, in eas non computatur. l. pater filiam. 14. l. in quartam. D. ad l. Falcid. An verò & ad paraphernalia extẽdatur

quod

quod de imputatione dotis in legitimam diximus. Idq; puto, dum tamen ex paterna aut materna substantia processerint, quia vt dotis accessoria naturã eius debẽt sequi, nisi lex aliter statuat l. inter socerũ. §. cum inter. D. de pact. dot. l. etiam. C. de iure dot. atque ita respondit Alexander consilio 27. numero 10. volum. 5. Magis dubium est, an si post constitutam dotem, pater vel mater filiam simpliciter in legitimam instituant, dos in eam imputetur? Et fuerunt qui negarent, quia ex dotis contractu dotem habeat, at ex testamento legitimam. Verius tamen est imputari. Quod & voluit Salycet. d. l. quoniam nouella. in fin. cùm etiam dos patri soluta filia absente compensetur cum legato, quod ei in testamento dedit. l. si cum dotem. §. si pater. D. sol. matrim. In legitimam igitur meritò computabitur, cùm ex eadem æquitate compensatio & imputatio descendãt, argum. l. filium quem. C. fam. ercisc. qua de re supra diximus. Denique semper verum est, ex patris substantia profectam dotem. Quæro præterea, an nepos ex filia mortua, cui auus minus legitima reliquit, si integram petat, teneatur dotem maternam in eam imputare? Quod verius est, quia & eam conferre debet l. illam. C. de collat. Quamuis enim à collatione ad legitimæ imputationem non sit necessarium argumentum l. penult. C. eod. tamen hoc casu valet, cùm ab eadem ratione ius vtrumque procedit. Nam ideo confert, quia profectitia dos est, aduentitia enim conferri non solet l. vltim. C. eod. meritò igitur etiam imputabit. d. l. scimus. §. repletionem. Non obstat, quòd dos, quantumuis profectitia, liberis existentibus ad patrem non reuertatur,

vt receptum esse notat Accursius in l.dos à patre.C. de iure dot.& ideo nō à patre,sed à matre,filius dotē habere videatur. Nā respondeo,ab Accursio proponi contra ius vsurpatam consuetudinē,quia ipso iure certum est,liberis etiam existentibus, dotem profectitiam ad patrem reuerti d.l.dos à patre,cū ibi notatis,quintis tantùm liberorum nomine retentis. Vlp. in frag.tit.de dotib.Illaque cōsuetudo abnormis, & contra iuris disciplinam recepta, ius imputationis non sustulit.Ex aduerso quæri potest,vtrum si auus nepti dotem dederit, eaque patris aut matris legitimam petat, debeat imputare quod ab auo dotis nomine percepit. Et imputari volunt ij quos refert Alexan. respōso 31.lib.4.laudato Cyno in l. scimus. C.de inoff.cùm tamen nihil tale apud Cynum reperiatur.Angelus autem,quem ibi sequitur Alex.distinguebat,vtrum certum esset dotem non esse datam filiæ contemplatione,an verò clarum & apertum.Primo enim casu non imputari cùm filię legitima,quasi à patre non fuerit profecta,altero verò casu imputari.Quinimo etsi dubitetur,quo animo data fuerit dos ab auo,videri tamen contemplatione filiæ datam,& perinde haberi ac si pater dedisset. Officium enim aui circa neptem, ex officio patris circa filium, pendet,l.dotem.D.de collat. bonor. Ego verò simplicius statuerem,omni casu semper imputari,quia semper nepti propter filium data videtur ac fingitur. Nam etsi pater filium exheredet, cuius filiæ nepti suæ dotē dederat,nihilominus tamen,propter patrē & eius contemplationē, dotem adhuc habere videtur.d.l. dotem. in fin. Quod igitur exheredatio non potuit efficere, nec procul dubio aliæ quantumuis

 vrgentes

vrgentes suspiciones efficient. Neque quemquam turbare debet quod in d.l.dotem.de collatione non imputatione mentio fiat. Nam certissimum est, iura collationis & imputationis cuiuscunque dotis æquata esse d. l. quoniam nouella. Porro cùm obtineat hodie, & placitis curiæ nostræ firmatum sit, legitimam deberi etiam iis qui monasterium ingressi sunt, licet feudalia bona sint, videndum, an ea quæ à patre aut matre dantur pro ingressu religionis, & quæ insinuatiua in Nouuel. Iustiniani dicuntur, in legitimæ portionis computationem veniant. Bartolo non semel placuit in l. Titio.in fin.D. de condit. & demonstrat.& in l.1.§.si parens.D.si à par.quis fuer. man.quē Bald.sequitur d.l.quoniā nouella. Et verò quòd sic datum est dotis loco esse atque eius naturā imitari videtur, & proinde imputationi subiici debere, d.l.quoniam nouella. Quinimo Bartolus ait, quod sic offertur dotem appellari. Dotis igitur iura ei tribuenda sunt. Ab hac tamē sententia facilius recederem, quia vt hæc imputatio in legitimā fiat, legibus expressum nō est, ideoq; temere induci nō debet d.l. pen.C.de collat. Et verò aiū monachismū comparamus dignitati, & clarū est, præcipuū esse debere quod à patre datur ea contemplatiōne, quia cum oneribus dignitatis compensatur, arg.l.1.§.sed an id quod.D. de collat. bon. Vel denique militia est eius generis, cuius non sit commercium. Nec igitur mortuo filio monacho quidquam ad eius heredes perueniat, auth. ingressi.C.de episc.& cler. meritò igitur ne imputabitur.l.omnimodo.§.imputari.C.de inoff.test. Præterea, imputationi subiicitur donatio propter nuptias, d.l.quoniam nouella.quia dotis ius semper sequitur, siue

siue de collatione siue de imputatione agatur, d.l. penultim.C.de collat. Quinimo Iustinianus constituit, non solùm in nomine sed etiam substantia doti æquari, ideoque & ἀντιφέρνην appellauit, quasi contrariam & mutuam dotem, l.vltim.C.de donat.ante nupt.quam æqualitatem magis auxit Iustin.Nouuel. 97.aliisque. Sed huius imputationis exigua aut nulla vtilitas, propter desuetudinem harum donationum, quas ab vsu censet recessisse Accursius, authen. æqualitas.C.de pact.conuent. ibique Ioannes Fab. sequitur Bald.in auth.dos data.C. de donat. propter nupt.& alij, quos refert Iulius Clarus sentent. lib. 4.§.donatio.quęst.11.Quibus verò eas comparemus, non habemus. Nam longe differunt à doariis nostris municipalibus. In his, moribus nostris vsumfructũ tantum habet vxor, at verò in donatione propter nuptias, etiam proprietatem, si liberi extent, Nou. 98.& 127. Doarij conuentio in contractu matrimonij tantùm fit, aut ipso iure municipali facta esse intelligitur, donatio propter nuptias etiam post matrimonium celebrari potest, §.sed prius. Instit. de donat. Qua etiam ratione non possunt rectè comparari donationibus, quæ fiunt à parentibus contemplatione matrimonij, vt omittam insignem differentiam, qua hæ donationes ab illis propter nuptias distingui possunt. Nam donatio propter nuptias à patre sponsi sponsæ fit d.l. quoniam nouuella, at donatio quæ contemplatione matrimonij celebratur, à patre quidẽ fit, sed sponso non sponsę. Ergo donatio, contemplatione nuptiarum à patre facta, in legitimã non imputabitur, nisi pater in lege donationis id dixerit non secus scilicet ac in pura &

simplici

ſimplici donatione ſtatuitur.l.ſi quando.§. vlt. C.de inoffic.Illa enim vt imputetur,lege non eſt cautum, arg.d.l.pen.C.de collat.Neque mutat , quòd collationi hodie ſubiiciatur talis donatio, arg. auth.ex teſtamento. C. de collat. Nam quamuis omnia , quæ computationem legitimæ patiuntur,debeant conferri,non tamen quælibet collatitia in legitimam debēt imputari d. l. pen. Ex quibus conſequenter ſtatuere poſſumus,etiam inter viuos donationes,contemplatione legitimæ factas,calculo ſubiici,l.ſi non mortis. in princ.D.de inoffic.teſtam. d.l. ſi quando.in fi. C. eod.Aliter enim donationes inter viuos non ſolere imputari, ideoque nec collationi ſubiici, iuribus illis notiſsimũ eſt,excepto ſolo caſu d.l.pen.§.pen.C. de collat. qui tamen vix euenire poterit abolita donatione propter nuptias,vt iam monuimus. Quamuis autē donatio ſimplex minimè imputetur, nō ſemper tamen præcipuam & legitimam habebit donatarius, ſed tum demum,ſi ſolus ſit is,qui de legitima litigat. Nam ſi alij ſint liberi , quibus etiam ſola legitimæ portionis iura ſuperſint, & in quos tantumdem non fuerit parens donatione largitus , nouo iure cautum eſt donationem pro rata reuocari,ſic vt æſtimatio legitimæ ad tempus reducatur,quo patrimonium nondum erat donationibus exhauſtum. Nouel. 92. de immen.donat.vnde ſumpta eſt,auth.vnde ſi parens. C.de inoffic.Quinimo eadem Nouel.cautum eſt, ne poſsit quis donatione immēſa contentus legitimam aut hereditatē repudiare.Nam ſemper ſumma excurrens in computationem venit.Quærit.Bart.in l.1.§.ſi parens. D. ſi quis à par. an imputetur in legitimam, quod ſimpliciter datum eſt à patre inter viuos &

imputandum censet, propter l. cum quo. §. fin. D. ad l. Falcid. Qua ratione subuerteretur præcedens communis sententia, quæ statuit donationem inter viuos præcipuam esse, nec imputari si simplex sit, id est, non facta legitimæ contemplatione. Semper autem simplex est, nisi aliter probetur, arg. d. l. si quando. in fin. C. de inoff. & l. si non mortis. D. eod. ita vt præsumptio iuris sit esse meram & simplicem, præsumptio facti esse legitimæ contemplatione celebratam. Et tamen ex Bartoli sententia sequeretur, regulariter intelligi legitimæ ratione factam simplicem donationem. Neque puto Bartolum distinguere datum à donatione, quod ei Alexand. imponit, consil. 42. nu. 22. lib. 2. Quia in hac verborum captione Bartolum lusisse verisimile non est, cum idem sit effectus. Sed neque placet Bartolum in eo sequi, cùm animaduertam donationis huius simplicis, ac inter viuos, iura fuisse singularia Iurecō. nostrorum tempore, & quo adhuc inofficiosi querela vigeret, quæ Iustiniani constitutionibus multum fuit eneruata. Nam & qui in querela non obtinuisset donationes, quas viuus testator ei perfecerat, non propterea infirmabantur l. etiamsi. D. de inoffic. testam. Ergo vt donatio inter viuos nullum habebat effectum excludendæ querelæ, sic nec etiam legitimæ replendæ, per quam excluditur querela. l. Papinianus. §. quarta. D. de inoffic. Non obstat l. 1. §. si parés. D. si quis à paren. fuer. manumiss. vbi pater à bon. poss. contra tab. repellitur, si filius adhuc viuus tantundem ei largitus est, quanta est portio lege constituta. Nam additur in ea lege, ideo à viuo filio patri datum, *ne iudicia eius inquietet pater*, quasi ea sola contemplatione viuus dederit, quod & in

in portione patrono debita obtinet, vt non mirum, si in portionem patris imputetur. Quæ interpretatio etiam necessariò mihi videtur adhibenda in l. cum quo. in fi. D. ad l. Falcid. meliusque finalia Iureconf. verba, quibus ratio decisionis continetur, exprimere videntur, quàm præcedentia, vt nostris Iurec. aliàs est solemne, arg. l. paterfam. D. de hered. instit. Nam alioquin cùm iure hereditario non capiatur talis donatio, in falcidiam imputari nō deberet, l. pater filiā. 14. D. ad l. Falcid. aliterque statuti inconueniens esset in d. l. cum quo similis est adhibenda interpretatio, in §. igitur. Instit. de inoffic. in illis verbis, *inter uiuos*, idque ex d. l. si quando. §. vlt. C. eod. Si ergo donatio simplex iure communi non imputetur, multò magis nec ea donatio, quæ ob filij bene merita fit à patre, vel maximè hac ratione, quia sic donatum fit peculij aduentitij, tanquam si ab extraneo donatum esset, vt notat Accurs. quem passim omnes sequūtur in auth. vnde si parens. C. de inoffic. Aduentitia autem non cōferri nec imputari certum est. l. vlt. de collat. l. auus neptis nomine. 79. D. de iure dotium. Hic occurrit quæstio à Doctoribus agitata, num donatio in præmium emancipationis à patre facta imputetur filio in legitimam. Quæ satis tamen impropriè concepta videtur, cum potius pater in præmium emancipationis à filio dicatur accipere, quàm à patre filius. §. 1. tit. Instit. per quas personas cuique adquir. Itaque filij dicuntur officiis emancipationem à patre petere, l. vlt. in fi. C. de sent. pass. Vt meritò emancipatio sicut & manumissio beneficium appelletur l. filio. D. vt legat. seru. cau. l. 1. in fi. D. si quis à paren. Melius igitur sic formaretur quæstio, vtrum donatum à patre filiū

emancipante, aut post emancipationem, imputetur in legitimam, vt in specie l.cum quis. 37. §. pater.de leg.3.Cynus in l.scimus. 34. de inoff.Bartol.& Ang. in l.in quartam.D.ad l.Falcid.aliique negarunt,quia simplicis donationis vicē obtineat,l.vlt.C.de emancipat.liber.quam non esse imputandam prædiximus. Contrariam tamen sententiam plures defendunt, inter quos Iacobus, Arenarius, Olaradus & Matarel. in l.vt liberis.C.de collat.quos sequitur Baldus in l. illud.C.eod.& Alexand.resp.142.nu. 20. lib. 2. Sed nullo iure mihi videntur niti.Nam quòd putant donationem esse ob causam, ideoque calculo subiiciēdam,arg.l.quoniam nouella. C. de inoff.falso principio vtuntur.Quoniam non omnis donatio ob causam imputatur,sed hæ tantùm de quibus in d.l.quoniam nouella. nec imputatio in legitimam lege carere debet,d.l.pen.C. de collat. Risu præterea dignum est,quod de præmio emancipationis dicunt,ideo scilicet fieri, quia inuitus à patre filius emancipatur l. iubemus. C. de emancipat. lib. falsa est enim ratio. Potest quidem infans à patre emancipari, at in aliis filiis consensus exigitur d.l.iubemus. Quod si ob eā causam præmium esset emancipationis talis donatio, in omni emancipatione necessariò fieri deberet,quę tamen necessitas lege patribus non est imposita. Et si esset,iam non donatio,sed portiò debita,& legitima, dici deberet. Iidem auctores male proferunt in hāc rem l 1.§.si parens D.si quis à paren.quæ vt iam monuimus,manifestè ait non simpliciter donatum à filio,sed ad excludendum contra tab.bon. poss. quæ patri competebat, id est, donatum fuisse à filio contemplatione portionis debitæ patri. Ergo nisi ea mē
te

te datum fuerit,ſequitur non imputari.Sicque fiet vt d.l.1.§.ſi parens. priori ſententiæ ſubſidio ſit potius quàm eam impugnet, & quam vt certiorem verioremque ſequimur. Quæro præterea, vtrũm mortis cauſa capta imputentur. Quod videtur,arg. l.etiam. §.ſi debita.verſ.tunc enim quaſi mort.D.de bo.l.ber. Quæ etſi in alio genere portionis loquatur, nihil tamen prohibet argumentum inde ſumi, vt & interpretes ſæpiſsimè faciunt, quemadmodum notat Eucrald. in top.legalibus.Sed exiſtimo diſtinguendum eſſe, vtrum quod morte patris capitur ex ſubſtantia eius fuerit, necne. Illo enim caſu indubitata eſſet imputatio:l.ſcimus.§.repletionem. C. de inoff. hoc verò non itē.Nam & filius mortuo patre vſumfructum capit,aut eius cum proprietate cõſolidationē conſequitur,quē in aduentitiis pater viuus habebat,nec tamē imputat,quia ex paterna ſubſtantia nõ habet.In ſumma,oportet capi non ſolum morte, ſed & iudicio teſtatoris,ar.l.ſed & ſi.36.in fin.de leg.3.l. qui fundum.§.qui filio.D.ad l.Falcid.Ex his aptãda eſt exceptio ad ea,quæ de donatione ſimplici nõ imputanda diximus ex l.ſi quãdo.§.vlt.C.de inoff.quia excipitur donatio facta filiofa.morte cõfirmata.Quæ cũ ipſo iure initio null[a] ſit l.cũ de bonis.C.de donat. l.1.§.1.D.pro donato,ſi morte cõfirmata fuerit,morte capietur l.donationes.C.de donat.inter vir.& vx. ergo & imputationi ſuppoſita erit.Hæc porro donatio calculũ euitabit,vel ſi emancipantis ſilentio confirmata fuerit,quod poſſe certũ eſt,l.ſiue emãcipatis. C.de donat. vel ſi iuſiurandum acceſſerit, quo etiam cõfirmari tenet Guido Pap.quæſt.146.Nã his modis, non cauſa mortis, ſed inter viuos capietur, quia &

confirmabitur. Idemque ſtatuendum hodie in donatione filiofam.facta, quam per ratihabitionem pater confirmat,ſecundum diſtinctionem d.l.donationes. de donat. inter vir.& vxor.in fi. Quia cũ ratihabitio eiuſmodi ad tempus donationis trahatur,arg.l. licet. D.de iudic.l.vlt.C.ad S C.Maced.nõ videtur morte capi,ſed magis inter viuos valuiſſe,ideoque taxationi legitimæ non ſubiici.Occurrit hic tractanda quæſtio , vtrum emphyteuſis conceſſa accipienti & filiis imputetur iſtis in legitimam. De qua nõ prius rectè conſtituemus,quàm diſcuſſo articulo, an emphyteuſis ad heredes quoſcumque ſiue extraneos ſiue deſcendentes tranſeat.In quo varij ſunt noſtri,aliis exiſtimantibus ad ſolos tranſire deſcendentes , aliis & ad extraneos.Sed verius eſt, diſtinguẽdum eſſe inter eccleſiaſticam , & ciuilem ſeu laicam emphyteuſim. Laica enim aut ſimpliciter fit, ſine adiectione filiorũ vel heredum,& tunc ad quoſcumque heredes pertinet,vt conceſsio potius realis quàm perſonalis intelligatur,arg.l.ſi pactum.D.de probat.ſicut & prouiſio legis l.Senatuſconſulto.D.de ritu nupt.l.filium.D.ad Macedonia. Si verò eccleſiaſtica eſt, magis putarem emphyteutæ primi morte non finiri, ſed ad nepotes vtriuſque ſexus vſque continuari , §. emphyteuſim. Nou.de reb.eccleſ.non alien.Aut verò filiorum tantùm facta eſt mentio,& legem emphyteuſis ſeruabimus,ſiue laica ſiue eccleſiaſtica ſit. Quod ſi pro ſe & heredibus in emphyteuſim acceperit , equidẽ laica comprehendet etiam extraneos,qui appellatione heredum vulgo veniunt. At verò eccleſiaſtica nõ item, cũ de natura emphyteuſis eccleſiaſticæ ſit,vt ad heredes extraneos nõ trãſmittatur,d.§.emphyteuſim.Eſſe

hanc

hanc sententiã magis cõmunem ait Imola, l. ex facto. nu. 14. in fi. D. de hered. instit. quem sequitur Iulius Clarus in §. emphyteusis. q. 28. vers. tertius casus. vbi tandem concludit, ab ea sententia, in iudicando aut consulendo, non esse recedendũ. Neq; obstat Nouel. de alienat. & emphyt. §. licentiam. quæ in perpetuum res ecclesiasticas in emphyteusim dari posse ait. Nam *in perpetuum* ibi *exaudiemus* secundum tẽpus Nouella alia introductũ, quẽadmodũ de actionibus perpetuis dicimus, tit. de perpet. & tempor. act. apud Iustin. Et verò variè perpetui appellatio exauditur, vt cũ dicimus societatem in perpetuum contrahi posse, id est, quamdiu viuunt contrahentes, l. 1. D. pro soc. Idq; eò magis credendum est, quia in d. §. licentiam. Iustinianus nihil noui iuris inducit, sed ea quę in maiore Ecclesia Constantinopolitana, & religiosis eius vrbis domibus, initio Nou. disposita erant, locum habere pręcipit in aliis prouinciis. Nihil autem aliud in illis statuerat, quã quod in d. §. emphyteusim. iam constitutum erat. Ergo illa verba d. §. licentiã. *ad tempus* vel, *in perpetuũ*, sic exaudiemus ex Nou. initio, vt ad tẽpus accipiat is, cuius personam emphyteusis non egreditur: in perpetuum verò, cùm persona filiorum cõprehensa est, quia filiorum appellatione veniunt etiam nepotes vtriusque sexus. Ideoq; vltra porrigetur cõcessio. d. §. emphyteusim. Vt igitur ad priorem quæstionem reuertamur, generaliter & indistinctè statuo, siue filij vt filij, siue vt heredes succedant, semper imputare talia emphyteuticaria bona in legitimam, hac duplici ratione, vel quia morte patris ad eos peruenerunt, vel quia ex re & substantia patris cõparata fuerũt, quibus cõditionibus imputationes in legitimam

fieri supra diximus. Sunt qui excipiant emphyteusim ab auo profectã, quam distinguunt ab ea quæ à patre manarit, quasi illa non imputetur: hęc contrà, qua dę re Molin. in notis ad Alex. consf. 8. li. 3. litera D. Quorum sententiã non probarim, quia nepos emphyteusim nihilominus à patre accipit, qui auo successerat, ergo patris occasione. Quod si ei nõ successerit pater, sẽper tamẽ iure pręsumitur, ab auo ad nepotẽ propter patrẽ profectũ rei emphyteuticariæ pretiũ, arg. l. dotem. D. de coll. dot. de qua superius diximus. Hęc autem locũ habebũt tã in laica quã ecclesiastica emphyteusi, dũ tamẽ hęc seruatis iis solẽnitatibus celebrata sit, quas canones præscribũt, can. sine exceptione. 12. q. 2. Descendo nunc ad interpretationẽ §. imputari. l. omnimodo. C. de inoff. vbi imputationis alia species refertur, cuius occasione variæ quæstiones subnascẽtes decidẽtur. Sciẽdũ est igitur eas demũ militias imputari in legitimã, vel quæ vendũtur, vel quarũ occasione certũ lucrum mortuo militãte ad eius heredes peruenturũ sit. Militias autẽ administrationes hic intelligo, & officia siue palatina, siue ciuilia, siue vrbana. Posse verò aliquãdo vẽdi notant hic interpretes, earũq; occasione lucrũ ad heredes peruenire cõstat, l. 4. C. de domest. & protect. lib. 12. l. si quis. C. eod. de prox. sacror. scrin. Sufficit autẽ alterutrũ fieri posse, vel vendi scilicet, vel commodũ heredes percipere. Neq; enim copulatim vtrumq; exigit Iustin. d. §. imputari. Cui non obstat quod cũ beneficio & priuilegij iure, non autem hereditario lucrũ illud cõpetat, non videatur ea ratione legitimæ imputandum, arg. l. scimus. §. repletionem. C. de inoff. Quia respondeo. neq; imputationis oneri tale lucrũ quẽquã subiectu-

rum

rum fuisse, nisi lex nominatim statuisset d.§. imputari. Ergo quod lege cōceditur, lege etiā imputatur. Harū militiarū exēplo quęri potest, an quod pater sacerdotij adipiscēdi nomine filio cōcesserit, imputetur ei in legitimā. Quod non videtur, non secus ac de iis, quę pro sacerdotij introitu dātur, dicendū existimo. Dicemus enim recte introitū sacerdotij, aut cuiuslibet alterius administrationis, quēadmodū introitus militiæ dicitur in l.pen.in fi.de leg. 3. Nā quia eiusmodi sūptus, vel erogationes, in peculiū quasi castrēse trāseunt, haberi debent præcipua, l.si filiusfam.C.fam. ercisc. Idēq; in filio Doctore aut Licentiato statuerē, cuius promouendi gratia impensæ à patre factæ ab omni imputationis onere longæ remotæ sunt, eoque magis, quia dignitatis & honoris causa erogationes à parētib. factæ cōferri aut imputari non debeāt, propter onera dignitatis connexa l.1.§.nec castrēse ibiq; notatur. D.de collat. Idem recipiēdum in sumptibus nuptiarū filij causa factis, si hoc necessarium filij munus libens pater exsoluit. Ita enim filio præcipuū est, vt patre mortuo de cōmuni patrimonio fratri alteri impendi non debeat, sed de proprio, arg.l.3. in fi.D. de muneribus.& honorib. Vbi in notis ad Bart. negat Alex. idē statuēdū esse, si filius habeat bona propria, quia eo casu videatur expendisse pater repetendi animo, arg.vlt.D. de petit. hered. Sed Alexandri temperamentū facile non est admittendū, neque occasione aduentitiorū repetendi animū patrē habuisse generaliter interpretabimur. Sēper enim de suo contulisse videtur, nisi aliter constet, idque argumento dotis colligi potest, l.vltim.C.de dot. promiss. Neque obstat d.l.vltim.qua nititur Alexand. quia in ea

dicitur apertè, feciſſe patrem erogationem in honorem filij ex materna hereditate. Ergo erat æquum ei conſuli in reſtitutione hereditatis. Atqui ſi ex ea hereditate manifeſtè non erogaſſet, & dubitaretur vnde, non præſumeremus repetendi animo donationem factam. Clarum eſt autem, pandectar. Florentinar. ſcripturam ea in lege veriorem cæteris eſſe, in qua, præter cęteros libros, appareat à Scœuola ſcriptum fuiſſe, *ſed erogationem in honorem filij cùm eſſet ſenator fecit ex ea.* Nam duæ illæ voces ad ſenſum apprime vtiles, *ex ea*, quibus hereditas materna deſignatur, in omnibus anterioribus editionibus ſubducuntur. Nec ea habet Haloandrina, vnde Alexandro errandi cauſa. Quæramus de libris, aut impenſis à patre ſtudiorum nomine filio factis, qui adhuc ſtudioſi partibus fungitur, necdum ſchola manumiſſus eſt. Et verò an in legitimam imputari debeant, maior dubitatio eſt, cùm peculij quaſi caſtrenſis nulla poſsit haberi ratio, quo dicũtur carere ex notatis in l. fi. C. de iuriſd. om. iudic. argu. l. 1. C. de ſtud. lib. vrb. Rom. li. 12. l. 1. C. de excuſa. art. C. eod. Sed verius eſt non cõputari, ſi ex officio pietatis pater proceſſerit, arg. l. quę pater. 50. D. fam. erciſc. Nam & mutuum eo nomine à filiofam. contractũ creditor à patre repetet, quãuis ex aliis cauſis nõ poſsit l. Macedoniani. C. ad Macedon. Et ſane quæ repetitionẽ non habent, imputationi non debẽt ſubiici, qualia ſunt pietate ſuadẽte præſtita, l. Neſẽnius. D. de neg. geſt. l. liber. C. de poſtliminio reuerſ. l. ſi quis. §. ſi mater. D. de lib. agn. Idque verum eſt, ſiue in poteſtate ſit filius, ſiue emancipatus, quia in vtroque eadem pietatis ratio verſetur. Neque obſtat d. l. quæ pater. Ideo enim de

eman

emancipato agit, quia maior in eo dubitatio quàm in filiofam. ſit, qui cùm duplici vinculo, naturali & ciuili, patrem conſtringat, in eo maior debet eſſe pietatis ratio. Quinimo fortius ſtatuo, etiam cauſa ſtudiorum paratos libros, quamuis nondum traditos, præcipuos tamen eſſe, argumento l. filiæ cuius. C. famil. erciſc. in qua melius eſt dicere traditionem non interueniſſe, quam verba legis non arguunt. Duo igitur maxime requiruntur, ne ſupradictæ imputationi locus ſit, & vt pater non credendi animo libros conceſſerit, aut imputandi animo impenſas fecerit. d. l. quæ pater. & vt filius cauſam impleat, ac ſtudia perficiat, qua ceſſante ordinariæ imputationi nihil derogandum putarem. De fructibus ſic breuiter cõſtitui poteſt, olim ad legitimæ calculum fuiſſe vocatos, l. Papinian. §. vnde ſi quis. D. de inoffic. Sed in filiis & filiabus hoc Zeno ſubſtulit. l. iubemus. C. ad Trebellian. Quam conſtitutionẽ noſtri arctarunt ſatis audacter ad liberos primi gradus, cùm tamen de iis omnibus, quibus appellatio filiorum conuenire poteſt, loqui videatur. Et verò ex eius verbis manifeſtum eſt, quibus ſuum beneficium vult porrigi, etiam ſi ſit hereditas pronepotibus ac deinceps reſtituenda. Nam cùm eo caſu ad abnepotes, atnepotes, & reliquos deſcendẽtes, poſsit perueniri, neceſſe eſt dicamus, non tantùm in filiis primi gradus locum habere conſtitutionem, quia hi abnepotibus vel atnepotibus vix poſſunt reſtituere. Non obſtat d. l. iubemus. in fine, quia eam non extendimus vltra perſonas enumeratas, & filiorum appellatione venientes. Poſtremò implendæ conditionis cauſa relicta à teſtatore, dum tamen ex eius

ſubſtantia

ſubſtantia profecta ſint, eſſe in legitimam imputanda, exemplo portionis patrono debitæ non iniuria ſtatuemus l.etiam.in fin.D.de bon.lib.

Quando debeatur legitima, & quibus actionibus petatur. CAP. XV.

VIDEAMVS quibus actionibus legitima petatur. Et cùm certũ ſit eam vt debitum peti, excutiendum prius eſt, quando debeatur. Cùm autem de quantitate eius ageremus, oſtendimus de bonis, quæ tempore mortis ſupererant, deduci, authen.nouiſsima.l. cum quæritur. C. de inoffic. vt dicendum ſit non ante natam petitionem, quia non ante fuerit debita l.1.§.ſi impuberi.D.de collat.bon. Tam enim filium, quàm extraneum, de viui hereditate ſollicitum eſſe improbum ducitur. l.2.§. interdum. D. de vulg. Quemadmodum enim, in bonis libertorum ſuperſtitum, patroni aut filij eorum nihil habent. l. vltim.D.de lib.agnoſc.ſic nec in patrum bonis filij, vt nec legitima viuo patre debeatur. Idque tenet Accurſ. & alij in l. cùm à matre. D. de rei vendic. Quod adeo verum eſt, vt nec patre diſsipante ſubſtantiam, filij legitimæ iura conſequi debeant, idque ſentit poſt Baldum Iaſon in l.nam & poſtea.§. ſed & ſi quis.num.4.D.de iureiur.Nam ſi pater non habet actiones reuocatorias ratione portionis, quæ ei vt patrono debetur, nec filius pariter habebit. In vtroque enim eadem verſatur, & habet locum ratio, quam adfert Iureconſult. in l. non vſque adeo.D. ſi quis à par.iniquum eſſe videlicet, ingenuis hominibus non eſſe liberam rerum ſuarum adminiſtrationem. Et quamuis idem Baldus contrariũ probauerit in l.

in l.2.C.si quid in fraud. patr.eumque sequatur Castrẽ.ibidem: sententia tamen superior ideo magis placet, quia aliter inuenta esset ratio, qua viuenti patri & inuito, ac contra eius sententiam iudiciumque, heredem daremus, quod iuri testamentorum ipsique definitioni repugnat; & omnem successionis ordinem conturbat. Sed filio aliter consuli potest, si patri dissipanti scilicet tamquam prodigo curator detur, toto tit.D. de curat. fur. Nam obstat l.Imperator.D.ad Trebellian. in qua pater dissipabat rem filio restituendam. Nam nec ibi de legitima repræsentanda agitur, id est, re patris ab eo auferenda, sed restituendo rei alienæ fideicommisso, in quo si pater fraudem faciat, meritò vt à quolibet extraneo auocatur ante conditionem fideicommissi, quod tamen cognitione imperiali & decreto non iure ordinario factum est. Illa verò prior sententia vel ideo potior est, quia si aliter fieret, filium ad negligenda patris officia inuitaremus, cùm certum sit ab eo amplius exheredari non posse, legitima semel percepta. Præterea, tam verum est legitimam ante patris mortem non deberi, vt publicatis filij bonis, legitima in iis viuo patre non comprehendatur, quia nondum quæsita est. Sed & per filij factum, aut delictum, patris conditio deterior fieri non debet l.3. §.si filius.D. quod quisque iur.Et si filiusfam.captiui nulla dicuntur relinquere bona in ciuitate l.lex Cornelia.D.de vulg.multò magis & damnati. Alioquin etiam huic publicationi repugnat titulus.C.ne filius pro patre. Cumque filiifam.bonis publicatis, excipiantur nihilominus castrensia, & quasi patrique seruentur l.si filius.C.de bon.proscript.multò minus ea,quæ

ea, quæ nondum filio competunt, publicationis sententia continebuntur. Sunt tamen qui legem municipalem eo casu repræsentantem probét, & statuto fieri posse contendant, vt ad legitimam teneatur. Laudat in eam rem auctores Alexander in l. lex Cornelia. D. de vulg. qui mihi videntur prætextu Accursij falli in rub. C. de decur. libr. 10. Vbi proposita tamen quæstione, an ex delicto filij statuto pater teneri posśit, non ad eam sed ad ius respondet modestè, valere scilicet statutum, si contra ius fiat, cui renuntiari non posśit. Non posse autem legitimæ patre viuente renuntiari iure ciuili notum est. l. si quando. C. de inoff. l. pactum dotale. C. de collat. vt etiam ex Accursij sententia statutum in eam rem valere non debeat. Illi adhuc nituntur auctoritate Pontificis in cap. 2. ex. de delict. pueror. Vbi tamen nulla legitimæ repræsentatæ mentio fit. Et quãuis pater, si filius eius pubes fuisset, in centum solidos condemnationis nomine teneretur ex consuetudine, vel ideo factum præsumimus, quia fortè filius delinquens habuit peculium, aut bona aduentitia. Aut verò pœnæ loco patri est impositum, qui filium puberem intemperantem non coercuerit. Denique non sequitur, consuetudo talis est, ergo iusta & legitima. Scimus enim irrationabiles plerasque variis in locis esse. Nos autem iuridicam quærimus, & de ea disceptamus, quam nolumus exigere ad canonica, sed ciuilia iura, vnde legitimæ definitio manat. Nostra porro sententia nouum iurgium excludit, quod suboriretur circa legitimæ taxandæ tempus contraria opinione admissa. Alij enim condemnationis tempus attendunt, alij mortem patris sustinendam putant, de quibus

Iason

Iason in l.eius qui.§.1.D.de his qui testam.fac. poss. Ex his igitur manifesta est legitimæ & dotis seu alimentorum differentia. Hæc enim etiam in vita præstantur, quinimo & ad ea præstanda pater adigitur, l.qui liberos.D. de ritu nupt.l. cum oportet. §.quod autem.C.de bon.quæ liber.l. si quis. in pr.D. de lib. agnosc. Sunt qui ab hac regula excipiant Iudæum Christianũ, quem à viuo patre extorquere legitimã putant per l.cognouimus.C. de heret. Quod falsum est, quia de dote & alimentis tantùm ibi fit mentio, quorum ratio à legitima separata est, vt diximus. Et verum est quod notatur in l.1.D.de reg.iur. exceptionem esse de regula, & ad eam referri, aptarique debere. De legitima autem, non de dote, aut alimentis, regula concepta fuit. Esset coloratior exceptio in patre ingrediente monasterium, qui mortuo sæpe comparatur. Idque volunt probari nostri in cap. cùm simus.extrà de regular. In quo de legitima patre viuente debita eo casu agi Decretalis integra prodit, quam nonnulli proferunt, Panormitanus tamen optabat videre. Ego de legitima non puto loqui, sed integra successione, cuius pars tantùm est legitima, vt dixi aliàs. Probantque manifesto finalia hæc cap. verba, *quæ ipsi ex successione prouenient.* Quibus etiam patrem filio præmortuum euinci potest, vt vel eo nomine huic quæstioni inutiliter aptari videatur dispositio canonica. Meliusque est regulis iuris ciuilis inniti, cùm vt monet idem Panormitanus, nihil noui iuris constituat summus Pontifex, sed consultationi respondeat, argumento eorum quæ traduntur cap. consultationi.ext. de tempor.ord. & in c.ex tua.extra fil.præsbite. Animaduertendum etiam nõ posse

posse ex eo cap. colligi, monasterium ingressum à patre fuisse capax bonorum. Nam quamuis in illud se cum bonis suis contulerit, ex eo tamen monasterij capacitatem non colligimus, quæ iuris est, cùm illud facti sit. Nihil igitur ea in re summus Pontifex constituit, quia nec in dubium aut controuersiam vocabatur. Hæc tamen vt enucleatius intelligantur, distinguendum est, an monasterium incapax sit bonorum, necne. Illo casu, siue ante ingressum testetur, siue non, successio competet heredibus. His enim maximè monachis, quamuis naturaliter viuentibus, successorem damus, cùm monasterio interim acquiri nihil posit, quo sensu putarem posse intelligi d.cap.cum simus. Secundo verò casu, quo monasterium bonorum capax est, & proprium habere potest, facta professione religionis à patre retinebit nihilominus monasterium bona eius, siue ante, siue postea testatus sit, nec nisi morte eius naturali hereditas aut legitima filiis debebitur, auth. si qua mulier. ibique Bartol. & alij C. de sacrosan. Ecclesi. Repellitur enim interim à legitima portione, cuius dies nondum venit, quemadmodum si hereditas, quæ sub conditione restituenda est, in fiscum deuolaeretur, cuius petitio inhibetur pendente conditione. argum. l. Statius. D. de iure fis. His igitur præmissis quæramus legitimæ nomine quæ actiones competant. Olim quærela inofficiosi testamenti excludebatur per quartam, vt toties diximus. Nec tamen eam consequebatur per querelam, quæ maioris effectus erat, & totum testamentum subuertebat. Poterat autem filius, si iudicio patris minus quarta parte fuisset consequutus, iure desiderare vt

quarta

quarta sibi a coheredibus fratribus impleretur. Paul. 4. sentent. tit. 5 Habebat igitur optionem, quamuis alij aliter existiment, vel conuellendi iudicium defuncti proposita querela, vel si modestius agere voluisset, implementum quartæ desyderandi, vt singularis illa Pauli sententia ostendit. Quam semper credidi locum habuisse, siue fratres, siue extranei coheredes adiecti fuissent, cùm nulla ratio diuersitatis reddi possit, & consulendum sit testamentorum firmitati potius, quàm vt eorum subuertendorum occasio amplietur. Neque iuuat l. 3. C. de inoff. in qua de implenda quarta non agitur. Puto autem Iustinianum, qui supplementi ius primus induxit, non leuiter ea Pauli sententia fuisse motum, à qua tamen expunxit libertatem filio relictam vel supplementi petendi, vel querelæ instituendæ. Nam vt diximus, omnimodo supplenda legitima potius, quàm testamentum conuellendum l. omnimodo. C. de inoffic. testam. Cùm verò supplementi actio noua lege inducta sit, possumus dicere conditionem ex ea lege competere, arg. l. vn. D. de condict. ex lege. §. tripli. Instit. de act. quod post Accurs. in d. l. omnimodo. vers. exigere. probant cæteri, quam denique opinionem Odofredus eius contemporaneus ibi probauerat. In qua actione, quæ stricti iuris est, illud est singulare, vt quamuis fructus in strictis actionibus non veniant nisi à die iudicij accepti, & aliquando moræ, non autem stipulationis & contractus, l. videamus. §. si actionem. D. de vsur. l. si filiusfam. 78. D. de verb. oblig. tamen in hac condictitia actione fructus à die mortis debeantur, quemadmodum & portio ipsa, vt notat Accurs. in l. in fideicommissariam.

gloss. 1. D. ad Trebel. quem sequitur Alexand. cons. 127. vol. 6. Et verò vtrúque videmus coniungi, portionem videlicet, ac eius fructus, l. Papin. §. vnde si quis. D. de inoff. Sunt & alię, pro legitima persequenda, paratæ actiones, tam ciuiles, quàm prætoriæ. Et vt breuiter absoluam, omnes hereditariæ actiones, legitimæ nomine, tam ascendentibus competunt. Nam cùm hodie titulo institutionis relinqui debeat, Nou. 115. vt cùm de appel. cog. §. aliud quoque cap. in legitima filius heres erit, eique pro rata hereditariæ actiones dabuntur. Ergo & petitio hereditatis aduersus possessores, ex tit. si pars heredit. pet. ac etiã rei singularis vindicatio. Sed & familiæ erciscundæ aduersus coheredes, aliæ denique heredibus & dominis competentes actiones dabuntur, vt meritò cessare debeat quæstio, an filius aduersus tertios possessores legitimæ nomine agere posit, cuius meminit Math. de Afflict. decis. 167. num. 7. Si enim heredi id licet, toto titu. de hered. pet. cum seq. de rei vindic. ergo & filio licebit, quem lex facit heredem, & pro rata dominum. Nam cum in singulis rebus filius legitimæ ius habeat, vt ostendimus alias, arg. l. Plautius. & l. lineam Margaritarum. D. ad l. Falcid. meritò pro ea iuris parte, quam habet in re à tertio possessore detenta, poterit agere. Eadem ratione & aduersus legatarios actiones mouebit, quia iam suprà ostendimus legata non minuere legitimam. Et ex antiquis Raynerius, quem plerique sequuntur relati ab Angelo, consil. 127. in legatarios possessores petitionem concedebat. Quamquam idem Angelus contrarium videtur sequi in l. Papinian. §. si sub conditione. D. de inoffic. testament. quò loci actionem

non

non vltra heredes producit, argum. d. Nouel. vt cùm de appellat. §. cæterum. ibi, *ab heredibus suppleri præcipimus*. Sed prior sententia melior est, secunda Angeli cogitatio in condictione supplementi tantùm locum habet. Condictio enim ex lege, quia personalis est actio, non contra singulares successores, quales sunt legatarij, datur, sed in heredem dirigitur, l. 1. §. si heres. D. ad Trebellian. At aliæ actiones, non dubium est quin aduersus tertios possessores, etiam legatarios, competant. Idque manifestius est in hereditatis petitione, quæ locum habet, seu veteri seu nouo iure constitutionum hereditas ad nos pertineat, l. 3. D. de petitione hereditatis. Ergo & in specie d. l. omnimodo. In qua cùm ipso iure supplementum insit, vt apertè dicitur in l. scimus. in principio C. eodem. meritò statuendum est, nouo iure constitutionis illius, hereditatem ad eos pertinere, quibus ius legitimæ competit. Sic enim ipso iure suppletur, quod legitimæ deest, vt etiam fingatur filius in supplemento heres institutus. Quod verò dixi, iudicium familiæ erciscundæ posse aduersus coheredem exercere, cui legitima competit, verissimum ex eo deprehenditur, quia etiam vtile iudicium detur adrogato propter quartam D. Pij, quamuis in ea heres non sit l. 2. §. 1. D. familiæ erciscundæ. Multò ergo magis heredi dabimus, legitimæ nomine, non vtilem sed directam, cùm certissimum sit in ea esse heredem, vt verè ipse Baldus interpretum acutissimus elegantissimum legitimæ petendæ modum primus inuexerit, actione videlicet familiæ erciscundæ proposita, quod ab eo traditur in l. si pater. numero 5. D. de inofficioso testamento. Sunt qui

existiment, supplementi nomine actione ex testamento agi posse, quasi ex testamento debeatur, inter quos est Fulgosius in l. omnimodo. Quod quidem verum erat ante Iustiniani Nouellam, qua necessitas relinquendæ legitimæ titulo institutionis imponitur, d. §.aliud quoque capitulum. Nam cùm posset legati aut fideicommissi titulo relinqui, merito actio tanquam legatario competebat. Hodie non item, quia nec heredi contra heredem dari solet, vt notissimum est, cui denique aliis actionibus consulitur. Illud in his actionibus hereditariis, legitimæ nomine competentibus, singulare est, vt non quemadmodum in aliis actionibus heres & conuenit, & conuenitur, sic & in iis obseruetur. Habet enim filius, vel quisquis est, cui legitima competit, actiones actiuas. Sed in eum actiones passiuæ non diriguntur, cùm notissimum sit exortem esse legitimam & liberam ab omni onere seu actionis iure l. quoniam in prioribus. & ibi notatur. C. de inofficioso testamento. Postremo, inter actiones legitimæ nomine competentes, adde & hypotecariam, vt tenet Baldus in l. filium quem habentem. C. familiæ erciscundæ.Nam si legatarij habent l.1.C. communia de leg. multò magis liberi habebunt, qui in legitima legatariis præferuntur,vt aliàs diximus.

Quando non debeatur legitima.
CAP. XVI.

RESTAT postrema pars oblongi huius tractatus, quibus videlicet casibus legitima portio non

non debeatur, nec peti poſsit. Ceſſat igitur hæc portio, lege, conſenſu, culpa, & tempore. De lege igitur videamus; an per eam legitima tolli vel diminui poſsit. Et quidem cùm variè taxata aut definita hactenus fuerit, vt proprio capite oſtēdimus, quemadmodum augmentum, ſic & diminutio in arbitrio legis erit. Cumque naturalis ratio in liberis parentum portionem aſsignet, ea tamen pro diuerſitate cauſarum diuerſimodè à lege definita eſt. Modò enim triens eſt, vel ſemis, pro numero liberorum, modò nullo liberorum reſpectu, ſemis tantùm. l. vltima. C. de bon. proſcript. Maior dubitatio eſt, an lege, vel ſtatuto prorſus tolli poſsit. In qua quæſtione pugnatum fuiſſe inter veteres, à ducentis annis circa, teſtis eſt Socinus reſponſo 150. vol. 1. num. 2. quam etiam Bononiæ diſputatam fuiſſe refert Cynus in l. ſancimus. C. de nupt. Alij enim lege municipali in totum tolli poſſe crediderunt, aliis contrà defendentibus. Vtriuſque partis rationes referunt Dyn. in reg. indultum. de reg. iur. in 6. Cynus in d. l. ſancimus. Albericus in l. omnimodo. circa fin. C. de inofficio. Et tandem ſtatuunt negantem partem æquiorem eſſe, affirmatiuam verò iuri ſcripto magis adfinem, idque immeritò. Repugnat enim talis aſſertio omni iuri, veriorque eſt illa ſententia quæ legitimam non poſſe tolli ſtatuit. Nam ius ciuile ordinem & rationem naturæ prorſus inuertere non poteſt l. 1. D. de vſufruct. ear. rer. Naturalis autem hic eſt ordo, vt liberi ſuccedant parentibus, per can. ius naturale. 1. diſtinct. l. cùm ratio. D. de bon. damnat. Et quamuis diminuta fuerit natura per ius ciuile, quod integrum ius ſucceſsionis ad trientes & ſemiſſes rede-

git, nunquam tamen ab eo ſublata fuit prorſus, ſicut nec potuit filij nomen, quod eſt naturale, tollere. §. emācipati. verſ. minus. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. Quod igitur ius ciuile nequit, nec municipale poterit. Eoq́; magis credendum, quòd nunquam lata lex eſt, quæ liberis hereditatem paternam prorſus tolleret. Nam etſi libera poteſtas patri conceſſa fuerit de re ſua diſponendi, ea tamen libertas ſtatim interpretationibus cohibita eſt, ac intra naturæ verecundiam retenta. l. verbis legis. D. de verborum ſignificatione. Quod ſi lex municipalis eandem libertatem iterum laxaret, iiſdem frænis eſſet conſtringenda, exemplo iuris ciuilis. Sanctius enim & reuerentius de principiis naturalibus leges ciuiles ſtatuunt, quàm vt eradicare aliqua ratione moliantur. Quinimo ad ea ſæpiſsimè prouocant, quod & Apoſtolus Paulus non ſemel tentauit, vt pluribus probat Tertullianus lib. de corona milit. Et verò, ſi ius naturale lex ciuilis tolleret, iuri diuino præiudicium adferret. Nam vt idem auctor eſt lib. de teſtim. animæ, quantò naturalia, tantò diuina. Alias rationes huius partis, & ſententiæ, Dynus atque alij referunt. Nobis auctores indicaſſe ſat erit, dum tamen meminerimus, Rotæ iudices hanc tanquam potiorem ſequutos fuiſſe, vt apparet ex deciſione 17. in antiquis. Vna eſt tantùm periculoſa ratio, qua dicunt de his rebus ſtatutum fieri non poſſe, de quibus nec paciſci licet, quam colligunt ex Accurſ. in rubr. C. de decur. lib. 10. quæ item apertè falſa eſt. Pacto enim non poteſt adquiri dominium l. traditionibus. C. de pactis. & tamen lege ſeu iure ciuili poteſt, vt vſucapione & aliis modis. Præterea etſi pa-

cto agnatio non potest repudiarij l. ius agnationis. D. de pactis. admitti tamen iure ciuili potest, vt & adoptione olim l. qui in adoptionem. D. de adoptionibus. Sensus autem d. l. ius agnationis. quam in ore habent, hic est, vt quemadmodum patria potestas, obligatio, & similia certis modis incipiunt, certis etiam desinunt, sic etiam agnatio. Hæc enim, aut natiuitate aut adoptione contingit, tollitur verò etiam certis modis, nempe eadem adoptione d. l. qui in adoptionem. aut capitis diminutione. §. vlt. Instit. de legit. agnat. tutor. Pacto non tollitur, quia non est modus institutus dirimendæ agnationis, quæ cùm iuris publici & communis sit, pactis priuatorum mutari non potest, l. ius publicum. D. de pactis. Secundus casus, quo legitimæ petitio extinguitur, consensu eius cui debetur, contingit, puta si legitimæ renuntiauerit. Cuius remissionis formam præscripsit Imperat. in l. si quando. §. & generaliter. C. de inofficio. testamento. cùm ait, *nisi hoc specialiter siue in apocha, siue in transactione scripserit, vel pactus fuerit, quòd contentus relicta vel data parte, de eo quod deest nullam habeat quæstionem.* Hæc igitur forma cùm à lège data sit, non poterit ab ea recedi, sed ad vnguem seruanda erit, arg. l. Fulcinius. §. 2. Quibus ex causis in possessionem eatur. Hæc autem locum habent in renuntiatione legitimæ, quæ iam competiit & cuius petitio nata est, idque ostendit Imperator in d. §. & generaliter. cùm heredibus securitatem factam dicit. Nam iure ciuili, pactum, siue transactio, siue apocha futuræ legitimæ inualida est quemadmodum & successionis l. pactum dotali. C. de collationibus. l. vltima. C. de pactis. Cùm enim legi-

tima, non nisi titulo institutionis, aut hereditatis haberi hodie posit, is hereditati superstitis renunciat, qui legitimæ renuntiat, quod non licet l. qui superstitis. D. de adquirenda hereditate. Et quemadmodum præmatura dicitur spes collationis, cùm adhuc viuat is de cuius bonis quarta debetur, l. 1. §. si impubere. D. de collatione bonorum. Sic etiam præmatura talis renuntiatio dicenda est, nisi consensus eius, cuius ex bonis legitima debetur, accedat, cùm eo casu pactum futuræ succesionis permissum sit, l. vltima. C. de pactis. quo colore putarem sustineri posse eam renuntiationem, quæ iure nostro municipali recepta est, de qua diximus aliàs plura. Iure autem canonico si iusiurandum accesserit, probata est succesionis ac proinde legitimæ renuntiatio, argum. capit. quamuis. de pactis. in 6. Vbi tamen non puto necessarium esse consensum, de quo in d. l. vltima. alioqui nullus esset iuramenti effectus. Quid verò in generali renuntiatione statuendum est? Et quidem legitimam non includere Gulielmus, Cynus, Baldus & alij volunt in d. §. & generaliter. Sed si iuramentum accesserit, etiam ad legitimam produci multi putant, quos refert Tiraquellus, l. si vnquam. in præfatione. num. 144. Volunt enim post Baldum, & Salycetum in l. 8. C. commodati iuramentum vim habere specialis renuntiationis, cùm & habeat vim clausulæ, si non valeat vt ago, &c. argumen. l. cùm pater. §. filius. D. de legat. 2. & ibi notant Doctores c. venientes. & c. ad nostram. extra de iureiur. Contrariam tamen sententiam amplexi sunt plerique alij, quibus non placuit generalis renuntiationis vires

tam

tam latè producere, quantumuis iuramento firmata sit, & per quam legitimæ præiudicium fieri negant Ludouic.Roman.in d.l.qui superstitis. aliique, quos Tiraquellus enumerat num. 160. vt supra. Vtraque tamen sententia probabilis mihi videtur,& quæ hac distinctione conciliari possit, vt generalis renuntiatio iurata, quæ ius præsens comprehendat,& iam competens, ad illud extendatur ; ad ius verò futurum nec dum natum, non item. Ergo qui renuntiat iuri omni cum sacramento,legitimæ renuntiare & iā videtur quæ ei competit, & cuius petitio iam nata sit, propter eas quas in prioris sententiæ expositione rationes adduximus. Qui vero legitimæ nondum debitæ intempestiuè generaliter renuntiat, quantumuis iuramentum adiiciat, nihil aget. Incertum est enim,an ei aliquando competitura sit,quia si ante patrem decesserit, euanescet omnis legitimæ spes. Præterea iniquum esset, iuramentum quod est accessorium, vlterius producere,quàm ipsa principalis renuntiatio porrigatur, quæ ad futura successionis iura non potest extendi, vt probauimus antè.Quòd si pater, vel is cuius in bonis legitima speratur, ei generali renuntiationi iuramento stipatæ consentiat, hoc casu crederem etiam ad futuram legitimam produci, cùm,vt diximus, successionis futuræ pactum sub hac cautela recipiatur l. vltim.C. de pact. Aliàs enim,nec iure canonico quamuis iuramento firmata valeret, vt verè Baldus respondit. consilio 437.lib. 1.Præterea dubitari solet, an cesset legitimæ ius per culpam, siue omissionem. Et videtur posse contingere, si omissum fuerit inuentarium, exemplo Falcidiæ, à qua ob eam causam excidit heres, Nouell. I.

de hered. & Falcid.§.si verò non fecerit inuentariū. Dubitationem facit, quòd ius Falcidiæ ad legitimā sæpe producitur, vt in superioribus sæpe ostendimus, quodque Haloandrina Nouellarum editione trientis & semissis apertè mentio fiat, d.Nouel.1. §. hinc nos. Et hanc sententiam tenuere ex antiquis Oldrad.consi.134.& Bald.in l.fin.§.fi.C.de iure delib. Sunt qui & Nicolaum Matarellum producant, quod facit Guido Pap quæstio. 53. Contraria tamen potior est, quam post Accurs. in authent.hoc amplius.C. de inoffic. testam. sequuti sunt Richardus, Cyn.& Bartol. in authent. sed cùm testator.C.ad l. Falcid. Baldus sui immemor in l. filium quem. C. fam. ercisc. Vbi Raynerium sectatorem allegat. Et hanc communem opinionem appellat idem Guido decis. 53. in princ. itemque Alexander responso 67. libr. 4. Neque enim hæc necessitas aliquo iure expresso legitimæ est imposita, à qua grauamen omne potius excludūt l.quoniam in prioribus.C.de inoff. Neque obstat d.Noū.de hered.& Falcid.§.hinc nos. quæ de herede extraneo, de legatis detrahente, manifestè loquitur, maximè in illis verbis, *si patrimonium legatis consumant:* Eoque minimè de legitima intelligi potest Nou.quia eo tempore nondum hereditatis titulo necessariò relinquenda erat.Heredi autem constitutio scripta est, vt ipse titulus arguit. Itaque vitiosè Haloander eam edidit, facta in ea mentione trientis & semissis, quæ taxatio postea inducta est, cùm Scrimgeri editio veteri ac vulgatæ consentiens loco illorum verborum suprà relatorum τὸ τέταρτον id est, quadrantem exprimat. Et ne ad legitimam facilè ius Falcidiæ hoc casu producamus,

diuersi

diuersitatis rationem inter extraneum & filium heredem hanc faciunt nostri, quòd hic de damno vitando certet, & portione sibi debita retinenda, ille de lucro quærendo. An verò in quarta Trebellianica locus sit ei Nouellæ, & pœnæ non conficientis inuentarium ad eam porrigantur, incerti sunt valde nostri. Sunt enim qui affirment, vt Oldrad. consil. 134. per totum: Mathesilan. in singulari 157. sunt qui negent, quorum trita est sententia, Couarr. cap. Raynut. §. 11. nume. 10. ext. de testam. Alexand. post alios responso 167. nume. 2. libr. 4. & vtrobique apud eos notatur. Vetustiores, quibus magis est credendũ pro negatiua stant, vt Rofred. in libell. & alij relati ab Alexand. quos sequitur Craueta consilio 17. Et hanc tritiorem sententiam, atque, vt illi dicunt, magis communem esse adfirmat Iason in l. Marcellus. nume. 68. ad Trebellian. Neque mutat fideicommissorum iterata mentio in d. Nou. quia cùm simul & coniunctim legatorum etiam meminerit, de particularibus non vniuersalibus fideicommissis est intelligenda. Illorum enim & legatorum, non vniuersalium fideicommissorum, iura sunt exæquata l. 1. D. de leg. 1. Quinimo hanc inuentarij necessitatem non contemplatione Trebellianicæ inductam Iustinianus ostendit d. §. hinc nos. in princ. cùm ait, *quæ neutiquam competitura erat, si nihil dolo malo egissent, interuertissentque.* Non enim aliter competit quàm si hereditas legatis sit exhausta. Idque maximè contingit, si res hereditarias subtraxerit heres. At verò in Trebellianica longè aliud est, quæ semper detrahitur, etiamsi vel nihil vel aliquid heres amouerit. His igitur sic receptis, grande præiudicium fiet promulgatæ

mulgatæ ſententiæ, qua ſtatuitur Trebellianicam, vt Falcidiam nominatim prohiberi poſſe, idque maior interpretum turba tenuit in authent. ſed cum teſtator.C.ad l.Falcid.& in d.l. Marcellus.D. ad Trebellian. Alexand. conſilio 67. libr. 1. Iaſon in d. l. Marcellus.nume.40.cum ſeq.quod ex eius Nouellæ conſequentia tantùm receptum eſt. Quòd ſi tamen Trebellianicam à Falcidia ſeparemus in neceſsitate inuentarij conficiendi, pœniſque non confecti, meritò & à prohibitione diſtinguemus, vt omittam tritum illud, iura noua ad conſequentias non eſſe facilè trahenda. Poſtremò, finitur legitima tempore & præſcriptione, quia legitimæ nomine competentes actiones, vt & omnes aliæ ciuiles, regulariter triginta annorum ſpatio tolluntur, l.ſicut.& l.vltim. C.de præſcript.30.vel 40.l.2.C.de conſtit.pec. Siue igitur ſit hereditatis petitio, quam eo nomine competere ſupra diximus, ſpatio illo excludetur, l. hereditas.C.de petit. hered. ſiue condictitia actio ſupplementi ex nouis legibus, eundem finem accipiet, vt rectè cenſent Bald.Alexand.Salycet.& alij, in l.ſi quis filium. C. de inoffic. teſtam. Nam & ſucceſsio omnis eo tempore præſcribitur, vt rectè Accurſ. l. 3.C.de adquir.hered.in l.vn.C.quãdo non pet.Bald. & alij in l.licet.C.de iure delib.Neque obſtat inofficioſi querelam, in cuius locũ ſubſtituta eſt condictitia ex lege, quinquennio finiri, l.ſi quis filium. D. de inoffic. teſtam. quo argumento Bartolus deuiam ab hac noſtra vulgari ſententiam ibi ſequitur. Nam longè alia eſt illius ac huius natura. Querela teſtamentum euertit, condictitia conſeruat. Querela exheredato, condictio inſtituto datur. Querela non
eſt

est actio, condictio merè personalis est.

De iure quadrantis Falcidiani.
CAP. XVII.

NVNC commodissimum est ad Falcidianũ quadrantem transire, quem subsequetur quadrans Trebellianicus. De illo ita breuiter constituendum, vt origine & causa notata, quibus debeatur, quomodo, & quando expediamus. Præterea vnde, & qua ratione deducatur, quæ in eam imputentur, quibus actionibus conseruetur, & quando desinat deberi. Legem autem Falcidiam, à qua fluxit hic quadrans, Publium Falcidium Tribunum plebis auctorem habere refert Dio libr. 48. Quem tamen Alciatus lib. 5. parerg. cap. 24. meritò redarguit, quod heredi scripto dicat licuisse quartam partem retinere, & relinquum omittere, si in eo grauatus fuisset, cùm certum sit totam hereditatem debere agnoscere heredem l.1.cum sequentib. D. de adquir. hered. In eo item minus fideliter Falcidiæ tenorem Dio refert, quòd nullam legatorum faciat mentionem, propter quæ & eorum modum potissimùm lata sit, non verò propter alia onera hereditaria. Sed in legibus & Senatusconsultis referendis auctores historiarum non satis accurati sunt. Et cùm legis eius plura fuissent capita, vnum tamen præcipuum fuit, quo l.12. tab. facultas testandi nimium effusa & libera coarctata est, statutumque, ne cui plus legare liceat quàm dodrantem omnium bonorum, sic vt quarta pars omnium bonorum penes heredem aut heredes maneat, l.1. D. ad l. Falcidiam. §.1. Instit. de lege Falcid. Itaque propter legem Falcidiam ex legato dicitur legatarius

gatarius perdere l. si mihi Stichus. 97. de legat. 1. Antè quidem lex Furia & Voconia in eam rem quodammodo latæ erant, quarum neutra sufficiens erat ad operis consummationem, inquit Iustinianus, ideoque imperfectas leges appellat Vlpianus initio frag. reg. Conseruandorum autem testamentorum gratia lex Falcidia lata est, quia plerumque intestati moriebantur patresfam. recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditatem adire, Instit. init. de lege Falcid. Facile enim repudiant hereditatem, qui nihil laturi sunt ex hereditate l. filium. 20. D. de bon. poss. contra tabul. Quò pertinet quod ait Plin. lib. 18. cap. 6. *Vsque ad detractionem heredis exhausit.* Et verò, ne destituantur testamenta, leges prospiciunt l. si pars. D. de inoffic. testam. l. 1. in princ. D. si quis om. cau. test. l. 1. C. de sacros. Eccles. quam causam etiam fuisse legitimæ portionis ostendimus, cùm ea relicta querela, quæ intestatum patremfam. facit, perimatur, l. Papinian. D. de inoffic. testam. quamuis & heredis causa latam esse legem Falcidiam dicatur. l. potest. 71. D. ad l. Falcid. Et verò heredibus solis hoc beneficium debetur, iis nempe, quorum aditio aut repudiatio testamenta confirmat, aut destituit. Quocirca fideicommissarius etiam vniuersalis quamuis loco sit heredis, non detrahet, multóque minus legatarius l. lex Falcidia. 47. in fi. D. ad l. Falcidiam. Et quidem lex ipsa heredi tantùm testamentario consulebat, sed postea D. Pius & ad legitimas successiones propter fideicommissa perduxerit, l. filiusfam. 18. D. ad l. Falcid. Debetur autem ipso iure, id est, vi ac potestate legis, l. in quantitate. §. vltim. D. eod. Eoque fit vt apud heredem remaneat, quamuis corporaliter

corporaliter insolidum res translatę sint, l.1.§.si quis. D.quod legat.l. lineam Margarit.D. ad leg. Falcid. heredique hæc retentio quadrantis conceditur,l.vni. C.quod legat. & vindicatio tamquam domino iure ciuili, d. l. lineam. l.penultim. C.ad l. Falcid. Non imponit autem necesſitatem adeundi, aut cogit, vt Senatusconſ. Pegaſian. ſed inuitat tantùm. Itaque poſt eam legem dicitur liberum ei adire l. in quantitate. 73. in princ.D. ad l. Falcid. Porro de bonis & patrimonio deducitur, quod mortis tempore fuit l. in ratione.2.§.verum.l.in quantitate.in prin. D.eod. §. quantitas. Inſtitut. de lege Falcid. vt & in aliis quadrantariis deductionibus in ſuperioribus oſtendimus obſeruari. Bona igitur intelligemus, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, l.ſubſignatum.§. bona. D.de verb.ſign.l.vltim.D.de vſufr.leg.In deductione autem id obſeruatur, vt in ſingulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponatur, l.in ſingulis. D. eod. Ergo ſi pars vnius heredis ſit legatis exhauſta, alterius verò non item, retinebit nihilominus quartam partem ſuæ partis ex legatis ab eo relictis. §. & cum quæſitum. Inſtit.de lege Falcid. Hoc eſt enim quod dicitur, legatorum rationem ſeparandam eſſe, l. in ratione.2.§.quæſitum.D. eod. Et quemadmodum in ſingulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda eſt, ita & in ſingulis rebus deductio pro rata, d.l.lineam Margarit.l.Plautius.D.eod. Obſeruabitur præterea, vt ſi plus leget quis quàm in bonis habeat ante extrahatur quod extra bona eſt, deinde quod ex bonis apud heredem manere oportet iure Falcidiæ l. in quantitate.73.in fi.D.eodem. Sequuntur imputationes in hunc quadrãtem faciendæ,quas pari breuitate ſubtexemus.

ſubtexemus. Etſi ergo per legem Falcidiam legata minuantur, ea tamen legata intelligamus oportet reſciſioni apta eſſe, quæ vtiliter legata ſunt. Nam ſi ab initio inutilia ſint, aut per exceptionem ſeruari poſſint, in quartam imputabuntur, nec ceterorum legata minuent quaſi manſerint in hereditate, l. non eſt dubium. l. id autem. D. ad leg. Falcid. Et generaliter, quacumque ex cauſa legata non præſtantur, imputantur heredi in quartam partem, l. ex aſſe. in fin. D. ad l. Falcid. Secundò imputantur in Falcidiam ea, quæ iure hereditario capiuntur ab herede, l. in quartam. D. eod. Nam cùm lex Falcidia proſpexerit, ne minus quàm quarta pars hereditatis apud heredem maneat, l. 1. in princ. D. eod. quæ ideo quarta hereditatis appellatur in d. l. in quartam. in princ. meritò in quartam imputabuntur quæ tamquam heres capit. Ergo partem prelegati cùm à coherede capiat heres, partẽ à ſeipſo, quod à ſe ipſo capit, quia iure hereditario capit, imputabit: quod à coherede, quia iure legati habet, extra quartam erit d. l. in quartam. l. quod autem. 74. C. ad l. Falcid. Neque diſtinguimus cum Goueano libr. 2. animaduerſ. cap. penult. inter legatum & prælegatum, nam vtriuſque pars ſemper à coherede capitur l. in fideicommiſſaria. D. ad Trebellian. l. 1. §. ſi quis. D. Quod legat. Quinimo nec differentia conſtituenda eſt, ſitne corpus hereditarium, vel pecunia numerata, nã & in vtroq; partem ſemper coheres præſtat, l. heredes. §. vltim. D. fam. erciſc. Neque obſtat l. deducta. §. nummis. D. ad Trebellian. quæ in ſpecie ſingulari loquitur, & vbi reſtitutionis ac retentionis mentio eſt, ex qua nemo rectè ad Falcidiam generaliter inferat. Qui igitur rogatus

eſt

eſt reſtituere acceptis nummis,eos de parte ſua tantú retinet, vt ibi dicitur & in l. cum pater.in princ. D. de legat.2. Aliud eſt in ſimplici prælegato pecuniæ, cuius vt diximus, pars à coherede capitur. Quærunt interpretes, an donationes, quæ morte cõfirmantur, in Falcidiam imputentur, de quibus etiam in legitima quæſiuimus. Circa quam quæſtionem maximè videndum, an iure hereditario capiantur, quia hoc conſtituto facilis erit diiudicatio. Azo & Accurſius quos alij ſequuntur in l. filium quem.C.fam.erciſc. imputari pro parte hereditaria, non ſecus ac legata, & prælegata,putant. Gulielmus Cuneus cum Paulo Caſtr.& Angel.ibidem,extra hereditatem ac proinde extra quartam eſſe voluerunt, quod verius eſt, & probatur apertè l. ſequens quæſtio. D. de leg. 2. Illi enim falli videntur qui putant pro parte iure hereditario capi,cùm ab aditione non pendeant vt hereditas,ſed mortem tantùm expectent. l. filiæ. C. famil. erciſc.l.poſt legatum. in fi. D. de his quibus vt indignis. Valebunt igitur, etiamſi teſtamentum deſtituatur aditione,contrà cùm certum ſit,vt ad adeundum inuitentur heredes , quartæ beneficium conceſſum eſſe. Adiicio iuuari hanc ſententiam ex eo , quod mortis cauſa capi videantur , mortis verò cauſa capiones in Falcidiam non imputentur , l. id autem. 76. D. ad l. Falcid. vbi mortis cauſa,& iure hereditario capere,opponuntur. Non mutat, quòd legatis comparentur hæ donationes cauſa mortis, aut quòd fideicommiſsi partibus fungantur,vt donationes inter virum & vxorem,l.in donationibus. C. ad l. Falcidiam. Nec enim exinde quis iure ſtatuet,pro parte quæ iure hereditario capiuntur vt legata & fidei-

commiſſa imputari. Reſpondeo quidem comparari legatis & fideicommiſsis, non tamen in eo, vt iure hereditario capiantur pro parte, cùm & is qui non vult heres eſſe,poſsit tamen eſſe donatarius,nec eo nomine oneribus hereditariis obſtringatur. Denique dominium rei legatæ adquiritur ab agnitione, l.ei qui ita.D.de condit.inſtit.l.cùm verò.in fi.D.de fid. lib. At verò dominia rerum ſic donatarum adquiruntur ſtatim à morte,l.2.D. de publ. in rem act. Ergo ex huiuſmodi donationibus non eſt dubium, quin deducatur Falcidia, d. l. in donationibus.l. ſi mortis. C.ad l.Falcidiam. Sed quòd quadranti imputentur, falſum eſt, quia iure hereditario non capiantur. Hæc autem quæ de rebus hereditario iure perceptis & imputandis diximus,locum non habent in his quas vt ſibi à defuncto debitas heres capit. Etſi etenim confundantur eius actiones per aditionem,tamen lex ei ſeruat hoc caſu,& debitum deducit quaſi æs alienum,non autem imputat, quaſi hereditarium l.in ponenda.l. irritum.C.ad leg. Falcidiã. Quod noſtri temperant in debito,vt vocant, legali, cuius generis ſunt legitima, & lucrum proueniens ex l.hac edictali.C.de ſec.nupt.idque præter cæteros Caſtrenſis oſtendit in l.ſi debitor.D.ad l.Falcidiam. Sed verius eſt, generale pronuntiatum aliàs periculoſum in debito legali & iure hereditario intelligere, aliterque non imputari crederem. Ex his clarum eſt,quod extra cauſam hereditariam heres capit, non imputari in Falcidiam,ſiue extra teſtamentum capiat ac inter viuos,vt dotem,vt donationẽ l.pater filiam. in princ. D.ad leg. Falcidiam. Siue ex teſtamento, vt fideicommiſſum,legatum,d.l.in quartam,ſiue denique

nique,propter mortem, vt morte confirmatas donationes,de quibus paulò ante,vt etiam quod implendæ conditionis causa est acceptum,l.id autem.76.D. eod. d. l. in quartam. Quæ item omnia ita demum vera sunt,nisi testator aliud iusserit, vel quartæ contemplatione horũ quidquam dederit ac reliquerit. Nam siue donatio sit inter viuos,imputabitur, l.cum quo.§.fin. D.eod.siue debitum heredis,d. l. si debitor. siue legatum aut fideicommissum, l. sed si ideo. 75. D. eodem , siue mortis causa capio d.l. sequens quæstio. Nam & eadem ratio ac voluntas seruatur in aliis portionibus legitimis, l. etiam.§. sed si nõ mortis.D.de bon.libert.l.1.§.si parens. D.si quis à parent. l. si non mortis. in princip.D.de inofficio.testamento.

***

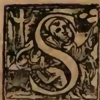
Finis libri secundi.



CLAVDII CHIFLETII IVRECONS. SEQVANI, DE IVRE FIDEICOMMISSOrum, liber primus.

* * *

PRAEFATIO.



STVDIA quæ colimus, pacis ſtudia ſunt, Auditores, vt non mirum ſit, ſi inter armorum ſtrepitus vox iuris ac legum exaudiri non potuerit. Vtinamque non atrociora eſſent inteſtina, quàm externa bella. Nam eo res rediit, vt præclarè feciſſe ij demum putentur, qui academiæ quietum & tranquillum corpus exagitauerint, & egregiis ſuis dotibus ſpoliauerint. Quod hodie & à multis eò fit licentius, quòd qui has iniurias vindicent, ipſamque à graſſatoribus tueantur, paucißimi ſuperſint, omnique auxilio legum deſtituatur legis ipſius parens Academia. Neque tamen aliquando deerit potentißimus eius adſertor, & principalium ſententiarum vindex. Iis enim auſpiciis videtur conſtitutum nobile hoc corpus, cuius vos omnes membra eſtis præcipua, vt non niſi cùm totius prouinciæ interitu diſolui poſsit, adeo vt poſtquam legũ diſciplina ceſſauerit, timendus ſit vicinus reip. caſus.

Quæ

Quæ per nos, aut cessationes nostras iniquas, ne fiāt, omnino adlaboramus. Quinimo quamuis multorum iniuriis lacessiti, iusto tamen dolori tantum detraximus, vt vestras vtilitates nihilominus cogitaremus, & ad solida profitendi munia, vnde nos irrationabiles quorundam vexationes reuocabant, alacres rediremus. Vos itaque mutuas vestras operas nobis dicate, vt vnanimes bono Academiæ, studiorumque vestrorum vtilitati vacare possimus. Eo proposito adsumpsi iuris nostri partem luculentam, & cùm vsu, tum difficultate celebrem, adfinem omnino iis quæ à me in quartarum legitimarum tractatione dicta sunt, quinimo portionem eorum non vulgarem. Dicam verò audacter: nullus est in iure locus illo potior, in quo de fideicommissorum iure quæritur, qui potissimùm solet excuti in Senatusconsul. Trebelli. quod circa fideicommissa factum est, interpretatione. Hinc pendent fori, ac iudiciorum, pinguiores quæstiones, hic est, vt sic dicam, Iurisprudētiæ ipsum frumen, hęc verè aurea seges, quam non metet quisquam, nisi qui titulū hunc suis fuerit metitus spatiis.

De nomine atque origine fideicommissorum, & à quo iure sint. CAP. I.

FIDEICOMMISSORVM occasione de Senatusc. Treb. & Pegas. tractauerat Vlp. li. 3. & 4. fideicōmissorum. At nos occasione Senatusc. Trebel. de fideicommissis quædā altius repetemus, ne Senatusc. prouisionem circa fideicommissa, antiquiore illorum iure non repetito, indebitè tractasse videamur. Et quamuis in substitutionum opere non pauca ad fideicommissa pertinētia retulerimus, quatenus substi-

tutionum ratio patiebatur, tamen plenius hic exordiemur, propter eam quam dixi occasionem, & quæ ibi meritò sunt omissa, hic tanquam in proprias sedes collocabimus. Scripserunt de iis libros multos Martianus, Valens, Caius, Vlpianus, Paulus, quæ toties iterata tractatio materiæ vbertatem arguit. Nos idem tractaturi secundum artem & rationem, prius de nomine & origine quæremus, vt ad ipsorum fideicom. progressum, amplioremque vsum, & iura circa ea constituta, factaque Senatusc. felicius perueniamus. Fideicõmissi nomen fictum & inuentum est à Iureconsultis, in eorum familia natum, proindeq; vernaculum. Et verò Iureconsulti nostri à Stoicis edocti fuerunt fere omnes, à quibus multa in ius ciuile transtulerunt, cùm Stoici audaces essent in fingendis nominibus. Cic. 3. de finib. circa princip. *quamquam ex omnibus philosophis Stoici plura nominauerunt. Zeno quoque eorum princeps, non tam rerum inuentor fuit, quàm nouorum uerborum.* Idem Tullius in Bruto verborum architectos appellat. Eandem licentiam ab iis mutuati Iureconſ. nostri multa nominauerunt in iure, vt sunt illa, *fideicommissum, fideiussor, &c.* Verba illorum peculiaria. Quod quidem varietas negotiorum exigebat, in quibus distinguendis occupatur Iureconsultorum labor, quorum tamen industria non potuerit efficere, quin pleræque adhuc res innominatæ essent, quia plura sunt negotia quàm vocabula, l. 4. D. de præscript. verborum. Ciceronem verbo fideicommissi iuncto vsum non inuenio. Nam quæ nos fideicommissa dicimus, ille commendationes & iussa morientium appellat, vt 3. de finibus. & postea ostendã. Et certe fideicommissa adhuc hodie mãdata sunt,

sunt, sed extrema suprema. Indeq; factum, vt verbũ; *mando*, inter precaria numeretur, §. vlt. Instit. de sing. reb. per fid. relictis. & mandare pro fideicommittere sumatur, l. cum pater. §. surdo. de leg. 2. præcipueque obtinet; cùm mortis causa mãdatur. Nam inter viuos mãdatum aliud sonat, & est contractus qui consensu perficitur. In eo tractatu pariter nõ verbo tenus tantũm, sed etiam effectu distinguitur mandatum, à cõmendatione. Mandatum enim obligat, commendatio non item, l. si verò. §. cum quidam. D. mand. At fideicõmissum per verbũ, *commendo*, nonnunquã relinqui potest, vt diximus in tractatu verborum, cùm de substitutionum iuribus dissereremus. In tractatu autẽ depositi, quia cõmendare nihil est aliud quàm deponere, l. cõmẽdare. D. de ver. sign. l. Lucius. D. depos. ex commẽdatione orietur obligatio, vt ex deposito. A fideicõmisso verò depositũ distinguitur, l. Lucius. 78. §. Mæuia. 1. D. ad Treb. A fideicõmisso dicitur fideicõmissarius, id est, is cui restituitur fideicommissũ. Sic enim semper in libris nostris exaudiendus. Vnus est locus singularis etiam à veteribus notatus, in quo deflectit à perpetua significatione, & heredẽ signat, vel eum à quo est aliquid relictum, l. quãuis. 51. D. de iudic. Sed & in Nouel. 108. quæ vulgò de restitutionibus inscribitur, vb ide cautione fideicõmissario dãda ab herede agitur pro quarta seruanda, videtur fideicommissarius pro herede poni. Quamquam ego putẽ antiquum Græcæ Nouellæ errorem esse & pro ὁ φιδεικομμισσάριος leg. τῷ φιδεικομμισσαρίῳ, qui error facilis est. Et verò Iulianus sic vertit, *conueniens est ut scriptus heres generali fideicommissario cautionem præstet de tribus unciis restituendis*. Et sanè absurdum esset, vt in

vna eademque oratione, & fere altera linea, fideicommissarij appellatio tam variè & diuersè fuisset vsurpata. Fideicommissarius etiam dicitur, non emptor hereditatis, is cui hereditaté heres paruo pretio vendere iussus est, l. 13. §. 4. D. de petit.hered. Et vt fideicommissarius appellatur, cui restituitur, & præstatur fideicommissum, sic fiduciarius qui præstat, siue à quo relinquitur, cuiusque fidem sequitur defunctus. Vnde fiduciarius heres dicitur sæpe, & fiduciaria hereditas, l. si eius. 46. l. 67. in fi. D.ad Trebellianum. l. 9. §. 1. D. de rebus creditis. Erat autem fideicommissum secundum Vlpianum in fragm.regular. *quod non ciuilibus uerbis, sed precatiue relinquitur, nec ex rigore iuris ciuilis proficiscitur, sed ex uoluntate datur relinquentis.* Quæ definitio cùm negatiuè procedat, ratione testamentorum & legatorum concepta est, quæ & ciuilibus verbis ante Theodosium fiebant, id est, latinè conscribi necesse erat l.hac consultissima.C.de test. & ex rigore iuris ciuilis proficiscebãtur, strictiq; iuris regulæ in iis obseruabantur, quæ passim extãt in titulis testamẽtariis & legatorũ. At fideicommissa precibus fiunt. Preces autem cùm vel verbis quibuscunque, vel etiam nutu emanent, receptũ est vtroque modo posse fideicõmissa relinqui l.fideicõmissa. l.nutu. D.de leg.3.Testamẽta, legata, ex iuris rigore procedunt, ideoq; dicitur testamẽtum iusta sententia. At fideicõmissum iniusta est sentẽtia, quo sensu iniusta dicitur vxor, quæ non secundũ legis obseruationẽ ducta est, licet naturaliter matrimonium cõstet. Cui propterea opponitur iusta vxor, l.si vxor.in princ. D.ad leg. Iul. de adult. Meritò igitur dicitur fideicõmissum dari ex voluntate relinquẽtis,

quia

quia in iis mens potius & voluntas quàm verba, quàm forma & solemnitas spectantur, ad quam solùm recurrunt in fideicommissorum interpretatione Iureconsulti, l.heredes.§.1.D.ad Trebellian.l.pater Seueriani.D. de cond.& dem. Et cùm in fideicommissi fides eius, cui committuntur, eligatur l.3. D. de probat.fideique nomen sit in fideicommisso,originem à iure gentium repetere non est dubium, id est, ab eo iure, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, ex quo fidem seruandam semper & vbique statuitur, contrà fidem frangere graue esse, cap.1. de pact.l.1.D. de constit. pecu.l.1.§. hæc autem. D. depositi. Apparetque vel maxime ex eo, quia dicuntur fideicommissa pudore contineri,initio tit.de fideic. hered. apud Iustin. Sic apud Comicum Pamphilus, vt rem suæ fideicommissam exequatur, ait se commoneri atque commoueri pudore. Pudor autem à iure naturali proficiscitur, l. adoptiuus. §.1. D.de ritu nupt. Certe religiosum, sanctumque hominem appellat Seneca pr. de tranquil. vit.c. 11.qui diligenter & circumspectè solet tueri fideicommissa. Homerus verò, cuius etiam testimonio vtuntur libenter auctores nostri, in iis præcipuè quæ à iure gentium dependent, circa finem rapsod. Iliados,inducit Andromachum flentem super Hectoris cadauer,quòd moriens manus ei è lectis non porrexerit, neque aliquod prudens verbum, cuius recordaretur dixerit. Quem locum Plutarchus in Homeri vita scitè retulit ad extrema mandata, siue fideicommissa mortuorum. Cato item Stoicus ex naturali animorum affectione testamenta, commendationesque mortuorũ natas ait apud Tullium, 3. de finibus vbi

nihil aliud sunt commendationes, quàm fideicommissa. Nam suprema, nouissimaque verba, fideicommissa vocat & Tertullian. lib. ad vxor. in princ. Denique omissis his auctoritatibus, iuris gentium esse fideicommissa ex eo apparet, quia lingua qualibet semper fieri potuerunt, l. fideicommissa. in prin. de leg. 3. Vlpian. in frag. reg. tit. de fid. Testamenta, legata, stipulationes, acceptilationes, ab initio iuris ciuilis fuerant, quia latinè tantùm fieri poterant. Hodie sunt iurisgentium, quia qualibet lingua fieri possunt, l. hac consultissima. C. de testam. §. 1. Instit. de verb. obligat. §. item per acceptilationem. Instit. quib. mod. tolli. obligat. l. an inutilis. in fine. D. de acceptil. In testamentis Theodos. constitutione effectum dicitur, d. l. hac consultissima. in legatis verò, Constantini, l. in legatis. C. de legat. At in stipulationibus sine lege obtentum consuetudine, tacitoque hominum consensu, neque de ea re legem habemus. Stipulationumque exemplo in acceptilatione receptum est, d. l. an inutilis. Alia autem est fideicommissorum ratio, quæ non tantum hodie, sed ab initio qualibet lingua fieri potuerunt, ideoque iuri gentium sunt adscribenda. Quamobrem in huiusmodi quæstionibus interest multum, quæratur à quo iure sit res, an cuius iuris. Illa enim initium spectat, hæc hodierni temporis vsum.

Quam obligationem olim producerent fideicommissa. CAP. II.

IN fideicommissis cùm duo sint tempora considerandа, vnum quo mero iure gentium tantùm subsisterent & niterentur, alterum verò, quo vsus eorum

à iure ciuili approbatus firmatúsque est, in primo & antiquo statu fideicommissorum requirendo sese offert, quam olim obligationem producerent fideicommissa, & quis eorum esset effectus. Cùm autem à iure gentium orta fuerint, necessariò semper sequitur, naturalem obligationem produxisse. Is enim natura debet, quem iure gentium dare oportet. Ergo naturalis obligationis effectus habuerunt, & ad exceptionem proderant. Nam natura debitum quamuis peti non possit, l. 1. §. id quod natura. D. ad l. Falcid. Valet tamen ad exceptionem; pacti nudi exemplo. Sequitur præterea, eum à quo fuerat fideicommissum relictum, debitorem non fuisse, ex propria debitoris appellatione; l. fideiussor. §. fideiussor. D. de fideiuss. Debitor enim is tantùm intelligitur, à quo inuito pecunia exigi potest, l. debitor. D. de verb. sign. Et primis temporibus, heres vel is cuius fidem sequutus fuerat, quia ab inuitis nihil exigi poterat; debitoris stricta appellatione non veniebant, quemadmodum cui natura debetur, creditoris veri loco non habetur, l. creditores. D. de verb. sign. His consequens, ante Augustum fideicommissa quidem indebita fuisse iure ciuili, quæ scilicet ius ciuile nondum probasset, soluta tamen per errorem repeti non potuisse, cùm ea quæ natura debentur indebita soluta non repetantur, l. naturaliter. D. de cond. indeb. l. penultim. §. vltim. D. Quod quisque iuris. In fideicommissis enim versatur pietas, l. Lucius. in princ. & §. tres heredes. D. ad Trebellia. l. cum quis decedens. §. pater. de leg. 3. Vbi testator ait, *certus de pietate tua fidei tuæ committo*, &c. At quod quis ex officio pietatis, aut eius respectu gessit, repetere non potest, l. ex duobus.

duobus.in fin.l.Nesennius.D.de neg.gest.Quinimo possidebat ea fideicommissarius titulo illo generali, *pro suo*, cùm naturalem haberent causam, argum.l. 2.D.pro suo. Sed contrà, indebitum natura quamuis fideicommissario solutum tamen repetitur, l. vxori maritus.D. de vsu & vsufr.leg.in qua ponendum est matrimoniū illicitū fuisse iure gentiū vt in l.si adulteriū.§.1.D.ad l.Iul.de adulter.Meritò ergo tā illicitę vxori relictum quāuis solutū & præstitū, vt indebitum repetitur, quia causa naturalis fideicommissa sustinens deficiebat, eoque casu iure locum habet regula l.ex his.54. D. de cond. indeb. Et è diuerso promissum sponsæ, quæ esse non poterat, peti non potest, l.eum qui.C.ad l.Iul.de adulter. Non obstat quod in d.l.vxori.saltē vt extranea posit vxor consequi fideicommissum,eique præstitum ab ea auocari non debeat. Nam respondeo, non vt extraneæ, sed vt vxori relictum fuisse, quod attendendum esse docet Iureconsul.l.cum his status.§.si quis sponsam. D.de don.inter vir.& vxor.Et hæc est vera interpretatio & ratio d.l.vxori.Fuerat & alius effectus huius naturalis obligationis, vt videlicet fideicommissi pręstatio non impediretur capitis deminutione,quia hæ obligationes, quæ naturalem præstationem habent, capitis deminutione non pereunt, l. eas obligationes. D. de cap. min. Nec tamen hi naturalis obligationis effectus impediebant, quin primis temporibus valde infirma essent fideicommissa, præsertim quum, vt inquit Iustin. initio tit.de fid. hered. nullo iuris vinculo continerentur.Quod de vinculo ciuili intelligendum,quo demum necessitate adstringimur rei alicuius faciendæ aut soluendæ gratia, vt ostendit

ostendit obligationis definitio. Naturalis obligatio sua habet vincula, l. si fideiussor. D. de cond. indeb. pietatem scilicet, pudorem, & æquitatem, quo maxime vinculo ac præcipuo sustinetur, l. Stichum. §. naturalis. D. de solut. quæ denique singula debilia erãt, nisi accessisset ciuilis necessitas. Est tamen vtilis diligens huius quæstionis inspectio propter veras legum rationes inuestigandas. Itaque in l. quibus diebus. 40. §. dominus. D. de cond. & dem. legatum in fideicommissum vertitur, propter naturalem obligationem, qua dominus seruo erat obstrictus. Nam de fideicõmisso tantũ intelligenda est, cùm ad voluntatẽ quæstionẽ reuocet IC. non autem de legato, in quo arctius verba iuris obseruamus. Item ex eo in prõpta ratio, cur qui totã hereditatem restituit quartam non retentam repetere non possit, siue re vera restituerit, siue de restituenda tantũ cauerit, l. 1. l. vlt. C. ad l. Falc. quia videlicet naturalem præstationẽ habuerit talis restitutio. Itaque cum plenam fidem ac debitam pietatem præstiterit, actionem ad quartam repetendam non debet habere, arg. l. ex duobus. D. de neg. gest. l. si sponsus. §. si quis. D. de donat. inter vir. & vxor. In qua maritus, plenè restituens hereditatem fideicõmissariã vxori, de suo quartã donare nõ videtur, sed magis de alieno. Neq; obstat §. sed quia stipulationes. Instit. de fid. hered. quia de errore calculi & facti intelligendus est ibi Iustin. vt etiam Accursius animaduertit, de quo & Iureconsl. loquitur, d. l. si spõsus. in fi. §. si quis. Hanc enim repetitionem naturalis obligatio non impedit, quæ vel æquitate naturali nititur, l. nam hoc natura. D. de cond. indeb. Tãtùm dicimus plenè soluentem fideicommissum, siue sciẽ-

tem

tem siue in iure errantem, quartæ beneficium postea non posse repetere, d.l.1.& d.l.vlt.C.ad l.Falcidiam.

Quando primùm, & quomodo ad necessitatem iuris fuerint reuocata fideicommissa.

CAP. III.

PORRO fideicommissa ex his sunt, quæ non lege, non Senatusconsulto, non constitutione, aut edicto robur acceperint, sed moribus, & paulatim ad iuris necessitatem redacta sunt, qualia sunt in Iure nostro pleraque. Et quidem primus D. Augustus, qui vt ait Tacit. ex horrida antiquitate multa mutauit, semel iterumque personarum gratia motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, iussit Consulibus auctoritatem suam circa fideicommissa interponere, initio tit. de fid.hered.apud Iustin. Vnde habemus prouisionem circa fideicommissa tuenda primum personalem fuisse, ideoque ad exemplum trahi non debuisse. Inter cæteras verò personas primus causam dedit L. Lentulus, qui in Africa decedens Augustum & alios rogauerat, vt aliquid facerent. Instit. de codic. quod Augustus & alij rogati sponte impleuerunt. Neque interuenisse hoc casu Cósulum auctoritatem Iustinianus ipse satis ostendit, cùm ait Augusti exemplo, non Cósulum imperio, fideicommissa præstita fuisse. Alij verò exinde per salutem Augusti rogati, vt aliquid præstarent, aut etiam sine obtestatione, sed quorum fidem defunctus meritò videbatur sequutus, vel quia intimi amici vel propinqui, cùm fidem non implerent, coercendæ illorum perfidiæ causa, iubebat Augustus Consulibus ex ordine

dine auctoritatem suam interponere,& vi magistratus cogere ad præstanda fideicommissa. Sequitur deinde apud Iustin. *quod quia iustum & populare uidebatur paulatim conuersum est in adsiduam iurisdictionem.* Causæ igitur fideicommissorum sunt,æquitas,& popularitas. Nam iustum pro æquo posuit Iustinianus, quemadmodum iustitia pro æquitate sumitur,l.bona fides. D.depos. Populare autem est, quod populo & ciuibus sit gratũ.Quas ob causas non mirum,si fideicommissa in ipsam iurisdictionem conuersa sunt. Neque nouum est, iurisdictionem more & vsu constitui,l.more maiorum.l.est receptum.D.de iurisdict. omn.iud.Intelligere autem hic oportet Consularem iurisdictionem , non alterius magistratus , quia ad Consules tantùm pertinebat. Et quia vi magistratus præstare fideicommissa iubebant, eoque nomine auctoritatem suam more maiorum interponebant, necesse est hic & iurisdictionem intelligamus pro mixto imperio, cui etiã iurisdictio inest,argum. l.3.D.de iurisdic. om. iud. Quia iussus magistratus est potius imperij,quàm iurisdictionis,arg.l.4.D.eod.Ita autẽ fuerunt exinde mixti imperij fideicommissa, vt suo iure non alieno beneficio habuerint Consules, quocirca & mandari potuisse non dubito,arg. d. l. more maiorum. & l.1. D. de eo cui mand. Ex his necessarium est statuamus,iurisdictionem de fideicommissis perpetuam fuisse etiam antiquam Prætor fideicommissarius crearetur, de quo postea Iustinianus. Quid enim aliud est asidua , quàm perpetua iurisdictio? Repugnat tamen Sueton. in Claud. qui ante Prætorem fideicommissarium institutum,iurisdictionem de fideicommissis ait quotannis & tantùm in vrbe magistra

magistratibus delegari solitam, nisi potior esset auctor Iustinianus. Et verò in his, quæ sunt iuris nostri, cæcutiunt eiusmodi auctores sæpissimè. Erit tamen aliqua concordiæ ratio, si magistratus in Suetonio intelligamus Prætores, aliósve magistratus, cùm vt dixi certissimum sit ante Prætorem fideicommissarium adsiduam fuisse iurisdictionem Consularem de fideicommissis. Porro inter codicillos & fideicommissa, quantum ad originem, hæc notanda est differentia. Namque illorum vsus à cognitione & decreto incipit, cùm Augustus Trebatium & alios Iurec. eo nomine in consilium vocauerit, vt ait Iustin. initio tit. de codic. Fideicommissa verò, sine cognitione & consilio, paulatim in adsiduam iurisdictionem conuersa fuerunt. Subiungit deinde Iustin. *tantusque eorum fauor factus est, ut paulatim etiam Prætor proprius crearetur, qui de fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabāt.* Quæ verba Prętoris fideicommissarij iurisdictionem continent. Legata igitur petebantur apud Prætorē vrbanum, inde Caius propriis commentariis explicauerat titulum edicti Prætoris Vrbani de legatis, ex quibus pleraque responsa extāt in pandectis. Fideicommissa verò, apud Consulem seu Prætorem fideicōmissarium. Nec enim, quamuis instituto proprio Prætore, cognitio Consularis sublata est, Vlpian. in frag. reg. de fid. sed ita temperata, vt intra certam summam Prætor cognosceret, essetq; iurisdictionis eius præscripta forma, vltra quam cognitio Consularis esset, Fab. lib. 3. cap. 8. Nō *debes apud Prætorem petere fideicommissum, sed apud Consulem. Maior enim prætoria cognitione summa est.* Non mirum igitur, in l. pater meus. in princ. de leg. 2. Celsus pater, cuius

temporibus

temporibus fideicōmissarius Prętor iam creatus erat, cognitionis fideicommissariæ apud Consulem meminerit. Potuit enim prætoria cognitione maior esse summa, vt ad Consulē ventum fuerit. Idem dicendū in specie l. solent. §. 1. D. de alim. & cib. legat. vbi etiā Consularis de fideicommissis est cognitio, etiam in vtroque rescripto ibi relato. Et responsum ex libris de officio Consulis sumptum est. Exinde igitur, qui ex causa fideicōmissi debuit, ex credito debitor fuit, venitque tunc fideicommissum crediti appellatione, cùm ante adsiduam iurisdictionem aliud esset, l. si is cui. 94. §. 1. D. de solut. & liberat. Adstringit enim necessariò quasi debitum ciuile, l. proximè. 50. D. de ritu nupt. & testator relinquendo fideicom. obligare rogatum cogitat, l. vtrum. §. cum quidam. D. de reb. dub. Et quamuis hæc duo, ex causa debiti, & ex fideicommisso, opponantur, l. penult. §. quisquis. D. de leg. 2. non minus tamen est debitum fideicommissum. Nam in d. §. quisquis. debitum ex contractu opponitur debito ex vltima voluntate, & nihilominus vtroque genere deberi nobis potest. Porro quæ de iurisdictione fideicommissorum diximus, non ita sunt intelligenda, vt propterea fuerint ordinariæ de iis actiones, quas Consul aut Prætor dictarent. Non enim formula, & ordinaria actio petendorum fideicommissorum apud eos instituta est, sed adsidua cognitio tantùm permissa. Sic enim Vlpian. in frag. reg. tit. de fideic. *Fideicommissa non per formulam petuntur ut legata, sed cognitio est Romæ Consulis quidem, aut Prætoris qui fideicommissarius dicitur, in prouinciis uerò præsidis prouinciarum.* Ergo persequutio, nō vera actio, fideicōmissi nomine dabatur, l. 3. in princ. D. de vsur.

quia iuris ordinarij executionem non habebat, l. pecuniæ. in fi. D. de verb. sign. Indeque dicitur is à quo petitur fideicommissum offerre cognitionem, id est, persequutionem fideicommissariam, l. 3. in princ. D. vt in poss. legat. Et rectè scriptum à Paulo 4. senten. tit. 1. in fi. ius omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistere, id est, persequutione & extraordinaria. Nam primùm Iustinianus vindicationem etiam ante restitutionem fideicommissario vniuersali dedit in casu l. vlt. §. sinautem. C. com. de legat. cùm antea nulla eo nomine competeret, siue vniuersale esset, l. si heres. 70. §. 1. D. ad Trebel. siue singulare, arg. l. penul. D. si seruit. vindic. Hodie propter æquata legata & fideicommissa singularia, l. 1. C. com. de leg. communicatæ sunt legatorum actiones fideicommissis, vt postea dicemus, igitur & vindicationes, quæ legatorum nomine competebant, §. 1. Instit. de leg. Hodie etiam, cùm extraordinariis iudiciis vtamur, & in effectu persequutione nihil plus consequamur quàm actione, l. actio. D. de neg. gest. statuendum est, actionis verbo persequutionem contineri, l. actionis. D. de verb. sig. Quinimo l. Papin. 43. D. ad Treb. actionis verbo venit officium iudicis, quo heres adire cogitur. Nulla enim alia eo nomine competebat actio, sed mero Prætoris aut Consulis iussu id fiebat. Neque moueor l. si legatus. 30. in princ. D. ad Treb. Nam cognitiones, cùm actiones ordinarias imitarentur, in iis res iudicio includebatur, quadam litisconteſtationis specie. Itaque non mirum, si ibi Iureconſ. his verbis vtatur, *accipere iudicium*, cùm vt dixi actionis verbo ea in re abuti etiam voluerint. Ecquæ verò actio esse posset. Nulla vt puto,

to, nequidem ex testamēto personalis, quæ nisi aditá hereditate non competebat, cùm non ante quasi contraxisse videatur heres, l. apud Iulianum. §. fin. D. ex quibus caus. in poss. eat. l. ex maleficiis. §. heres. D. de act. & oblig. Sane fideicommissa singularia ex testamēto debita etsi, vt dixi, vindicari statim nō possint, personali tamen actione legatorū exemplo peti poterant, arg. d. l. pen. in pr. D. si seruit. vind. vbi Scæuola personalis actionis formulam vsurpat, cùm ait, *si ex fideicommissi causa sibi dari legatarius desideraret*; nimirum actionem ex testamento intelligit, vt & in l. vlt. §. quatuor. de leg. 2. quam appellat actionem fideicommissorum in personam competentem, quam denique de familiæ erciscundæ iudicio mixto, non personali, nolim cum Accursio intelligere. Quamquam & hoc fideicōmissorum nomine competat inter coheredes, l. si qua. C. fam. ercisc. Ex eo igitur videmus fideicommissi actionem dici etiam à Iurec. l. sed etsi. 52. D. de iud. l. 1. C. de mort. cau. donat. & similib. In summa personalis ex testamento actio post aditam hereditatem, fideicommissi cuiuscunque nomine competebat, siue vniuersale, siue singulare esset, ante non item. Qua in sententia videtur fuisse Bartolus d. l. si legatus. in princ. ad Treb. & hoc fædere cōtrarias Accursij notas benè componere. Cæterū siue à Prætore Vrbano in causa legati, siue à fideicommissario in causa fideicommissi, iudex, arbiter-ve æstimādi legati vel fideicommissi dabatur, l. si quod ex Pāphyla. 73. de leg. 2. l. 1. §. 2. D. si cui plus quàm per leg. Falcid. qui quidem non cognosceret, an esset relictum legatum vel fideicōmissum, quæ sunt Consulis aut Prætoris partes, sed circa computationem difficiliorem

versaretur, l. pen. D. de confess. Actio autem fideicōmissi, qualiscunque tandem sit, alia est vtilis, alia est directa. Hæc in eum dirigitur à quo fuit relictum, propter verborum expressionem, illa verò ex interpretatione voluntatis in alium competit, vt in l. à patre. 4. D. de leg. 3. aliisque intellectorum fideicōmissorum speciebus, de quibus in vltima diuisione dicemus. Cū igitur Prætor proprius, vt de his cognosceret, fuerit institutus, cuius iurisdictio à Prætore de legatis cognoscente discreta erat, mirum est tamen legata apud Prætorē fideicommissariū petita fuisse, l. quæsitum. 78. §. cum vir. D. de leg. 3. In qua nec possumus suspicari, legatum in codicillis relictum fuisse, ideoque in fideicommissum conuersum, quia de codicillis apud Iurec. verbum nullum. Quinimo legatū fuisse ostendunt illa verba directa, *do, lego*. Magis est dicamus, olim ita receptum, vt legatarius vel legatorum actionibus, vel ex causa fideicommissi rem legatam petere potuerit, quasi ex voluntate, arg. d. l. penult. in princ. D. si seruit.

Quomodo fierent olim fideicommissa.
CAP. IIII.

DVo sunt autem, quæ in fideicommissis peragendis vetustas præcipuè obseruabat, quæ nēpè interueniebāt, signa, & verba. Signa enim tanquā symbola adhibebantur, porrectio & apprehēsio manuum eius, à quo fideicōmissum relinquebatur. Cuius rei testimonium est cùm locus Homeri à me suprà citatus, tū verò Mysis illa Terentiana, quæ per dexterā Pamphili apprehēsam Glycerium fidei eius cōmittit. Quò pertinet & Crispi Rhetoris iocus, qui in controuer

controuersia viri fortis qui tertium filium ductum ad supplicium retinet, cùm alter filius in tyrãnicidio perdidisset oculos, alter in acie manus, *Exurgite*, inquit, *uiua cadauera, rogate pro fratre. Sed quid ego meos derideo? Alter quod roget, non uidet, alter quod roget, non habet.* Deerant enim manus, quibus prensaret. Refert Seneca controuers. 20. Ratio ex antiquissima veterum theologia petenda est quòd dextera fidei consecrata esset, vt genua misericordiæ, vt auris memoriæ, vt frons genio. Seruius 3. Aeneid. Plin. lib. 11. cap. 25. Insuper cùm testator fideicommisso quẽquam obligare cogitabat, accedebãt verba precaria, seu inflexa. Et quia fideicómissorum tanta erat infirmitas, defuncti quorum fidem ad præstandum fideicommissum elegerãt, arctioribus quàm solius fidei & precũ vinculis adstringebãt, obsecrationibus nẽpe, adiurationibus, & obtestationibus. Obsecrationis in fideicómissis exemplũ est in l. 3. in prin. D. de iure fisc. cuius hæc est formula, *uos rogo, ut in eo quod à uobis petij fidem præstetis: perque Deũ, faciatis rogo.* Sed & adiurationes in fideicómissis freque͂tes fuisse indicat Tert. lib. de præscr. *Ego sum*, inquit, *heres apostolorum. Sicut cauerunt testamẽto suo, sicut fideicõmiserunt, sicut adiurarũt, ita teneo.* Obsecrationes erant, cũ per Deos, per sacra rogabãtur. Adiurationes & obtestationes, cùm non solũ per Deos, sed per liberos, &c. Obsecratio ergo speciale nomen est, adiuratio siue obtestatio, cõmune & generale. Qui autem obsecrationis religione alligati erãt, non nisi præstando fideicommissum, aut sequuta resecratione, soluebantur. Resecrare, inquit Festus, soluere religione est. Vti cũ reus populũ comitiis orauerat per Deos, vt eo periculo liberaretur, iubebat ma-

gistratus eum resecrare. Inter cæteras autẽ adiurationis formulas, puto vsu receptiorẽ fuisse vt per salutẽ principis rogatio fieret, §.1. Inst. de fid. hered. Salutis enim principalis tãta erat reuerentia & religio, vt nõ solũ per eã fierent adiurationes, sed & vota susciperẽtur, l. si caluitur. D. de verb. sig. vnde voti obligatio nascebatur, indeque titulus de oblat. votor. lib. 12. C. Vt autem adiurationes, sic & deierationes, siue iuramẽta, per principis salutem fieri cõsueuerant, indeq; honor principi ex tali religione accedere videbatur, vel ex Apostoli verbis ad Hebræos 6. qui ait homines per maiorẽ sui iurare. *Quis autẽ per quos deierat, non honorat?* inquit Tert. lib. de idol. Sicut & periuriũ cõmissum imminuere maiestatẽ videbatur, ar. l. 2. C. ad leg. Iul. maiest. Fiebat etiã adiuratio, & deieratio per geniũ principis, l. si duo patroni. in fi. D. de iureiu. Quod iuramenti genus illo arctius erat & fustiũ pœna peierãtem coercebat, d. l. si duo. Vnde Tert. in apologet. *Citius apud uos per omnes Deos quã per unũ geniũ Cæsaris peieratur.* Quæ verba ex iure nostro clarã interpretationẽ recipiũt, cũ peieratio per geniũ principis pœnalis esset, vt dixi, peieratio autẽ per Deos nõ itẽ, l. 2. C. de reb. cred. Eoq; pertinẽt Tyberij verba relata apud Tacitũ lib. 1. annal. Nam cũ Rubrio crimini daretur violatũ periurio nomẽ Augusti, cẽsuit Tyberius iusiurandum perinde extimãdum, ac si Iouem fefellisset, Deorum iniurias Diis curæ esse. Christianis tamen solemne fuit potius, per salutem principis, quàm per geniũ deierare. Tert. in apologet. *Sed & iuramus sicut non per genios Cæsarum, ita per salutẽ eorum, quæ est augustior omnibus geniis.* Nã vt idẽ præclarus auctor ait lib. de anima, *Genius Dæmonis nomen est.* Postea tamẽ Alexander

xāder Imp.ex periurio deierati genij,aut saluris principalis, periculum corporis & crimen maiestatis sustulit,quæ ante eum cōstitutionibus erāt introducta, d.l.2.C.ad leg.Iul.maiest.Vno tamē casu post Alex. Honorius & Arcadius peierato iuriiurando,siue per Deū,siue per salutem principis, pœnam constituūt, quamuis non corporis,sed existimationis,periculum subeat qui peierauit, l. si quis maior. C. de transact. Cæterū quāuis hodie fideicommissa fuerint ad iuris necessitatē redacta,ita vt obsecrationibus & adiurationibus minime sit opus,si tamen & cū his fiant nō parui erunt momenti ad iudicandam defunctorum enixam voluntatem l.cum pater.§.filius.D.de leg.2. Sicut & illæ formulæ, *quod si ego non rogarem, uos pro pietate uestra faceretis,&c,secundum fidem & pietatem tuā,* enixæ sunt voluntatis preces,l.Lucius.in princ. & §. tres heredes. D.ad Trebellianum.

De fideicommissorum effectu & iure. CAP. V.

ADNECTAM superioribus singulares aliquot fideicommissorum effectus, vnde vtilitas eorū dignoscatur, & delibato interim eorum particulam, cùm in progressu solidam tractationem sim exhibiturus. Prima vtilitas in eo versatur,vt quod iure non valuit,per fideicōmissum teneat. Hinc videmus duo hæc *ipso iure*,&,*per fideicōmißū*,opponi,l.querebatur. D.de milit.test.Sic euenit, vt hereditas inutiliter testamento data non confirmetur vt hereditas in codicillis,quia in iis dari aut adimi non potest,Instit. de codicil. fi.sed ex fideicommisso petatur,l.2. in fi.D. de codic. Prærerea etsi nemo rectè rogetur heredem aliquem facere,vertuntur tamen hæ preces in fideicōmissū,l.filiusf.114.§.vt quis.D. de leg.1.l.ex facto.

in princ.D.ad SC.Treb.Quinimo quãuis posteriore testaméto prius iure ciuili ruptũ sit, cõualescet tamẽ in vim codicillorũ, propter precaria verba secundo inserta,adeo vt vniuersa quæ in primo scripta erãt,in causa fideic. esse censeãtur,l. postumus.§. vlt.D.de iniusto rupt. Pariter quod non valet iure legati,iure fideic. subsistit,vt multis exẽplis in vltima diuisione probabimus. Et quod iure donationis non tenet, in fideic.vim valet,l.5.C.de donat.etiamsi ab initio donatio fuit inutilis,l.cũ pater.§.donat. D.de leg.2.Ex quibus patet in fideic.regulam Catonianam,de qua in l.quod ab initio.de reg.iuris.locũ nõ habere,sicut nec alias stricti iuris regulas. Est & alius notabilis fideic.effectus , quòd ex hac causa dominiũ adquirimus.l.Herennius.44.D.de vsur.Quãobrẽ inter vsucapiẽdi titulos nõ minus titulũ pro fideic.quàm pro legato,referemus.ar.l. Põp.§.sed & legatario. D.de adq.poss.Neq; obstat l.qui vsumfr.D.si vsusfr.pet.in qua videtur adstrui eũ, cui ex causa fideic.res est tradita,possessionem dũtaxat,nõ dominiũ adeptũ fuisse.Nam respondendũ est Iulianũ ibi,cũ non dixerit à quo traditus fuerit vsusfr. intelligendũ esse de traditione à non domino bonæ fidei possessori facta,quẽ certũ est habere possessionẽ vsusfr. tantũ, non etiam dominiũ, quod ei demũ per continuationẽ longi tẽporis adiicitur. Iuuãt hanc interpretationẽ illa legis verba,*quãto si legitimè eius factus esset*, quæ vsucapionẽ ciuilẽ & legitimũ adquirendi modũ per tẽporis cõtinuationẽ respiciũt. Iuuat deinde liber ipse Iuliani 7.D. vnde sumpta lex illa, in quo de vsucapione & bonæ fidei possessore maximè egit,ar.l.25.D.de vsur. l.si ædes.D.de seruit.vrb.l.7.in fine,l.9.§.si duobus.

D. de

D.de Public. in rem act. Ergo d. l. qui vſumfr. non impedit quò minus dominium ſtatim ex cauſa fideicommiſsi transferatur, cùm à domino tradita res eſt. Nam alioquin abſurdum eſſet, à non domino rem traditam ex cauſa fideicommiſsi prodeſſe ad vſucapionem, à domino verò ex eadem cauſa traditam non transferre etiam dominium in accipientem. Quinimo verius eſt, ex quacumque cauſa vſucapimus, ex eadem transferri continuò dominium, ſi à domino res tradatur. Etſi verò per fideicommiſſum dominium quæratur, non tamen idem olim erat adquirendi modus, & à legato fideicommiſſum differebat. Nam nec olim vindicatio fideicommiſsi nomine dabatur fideicommiſſario, ſed miſsio in rem, quod & in quibuſdam legatorum ſpeciebus ſeruabatur, cùm ab agnito legato vindicari aliàs poſſet optimo iure legatum. Quem circuitum Iuſtinianus primus ſuſtulit, l.1.C.com.de leg. Olim igitur recta via dominium in legatarium tranſibat, l. legatum. 80.de leg.2.in fideicommiſſarium nó item, cui miſſione in rem opus erat. Hodie tamen quoad dominij tranſlationem fideicommiſſa legatis paria ſunt. Magnus in eo eſt præterea fideicommiſſorum effectus, quòd rogatus reſtituere quamuis partis tantùm ſit capax, nihilominus ſolidum capit, quia ſolidum reſtituit. Nec fiet caducum id quod ſupra legitimum modum relictum eſt, l.cùm ei.43. de leg.2.l. ſi fidei meæ.28. de leg.3.l. cogi.§.hi qui ſolidum.D.ad Trebellian. vt hic ſit vnus ex iis modis à prudentibus inuentus, per quos caducum ne fieret, de quibus Iuſtinian. initio leg.vn.C.de cad.toll. Idem obtinet, ſi relictum in pro non ſcriptis cenſeatur, nam manet

apud heredem cum onere fideicommisi, l. vltima. de iis quæ pro non script. Insuper quamuis aditio hereditatis in homine libero voluntarius actus sit, si tamen fideicommisso onerata sit hereditas, poterit à fideicommissario heres cogi, vt hereditatem adeat & restituat, l. quia poterat. cum multis aliis. D. ad Trebellian. Idque Senatuscõsulto Pegasiano factum esse notum est ex tit. de fidei. hered. qua de re in sequentibus plura dicemus. Emergit etiam aliquando hæc vtilitas ex fideicommisso, vt à fideicommissario legata omnia non præstentur aut repetantur, quæ ab instituto fuerunt relicta. Nam si heres quartam detraxerit, pro rata sui quadrantis ad eorum præstationem tenebitur, §. sed quia stipulationes. Instit. de fid. heredit. Alius porro & singularis effectus fideicommisi in milite potissimùm spectatur. Nã quamuis fideicommissum, in testamento non adito, siue ex institutione, siue ex substitutione, relictum regulariter non valeat, ne quidem ex codicillis vel ab intestato, l. 3. in fi. D. de codic. l. coheredi. §. cum filiæ. D. de vulg. l. si quis testamento. 81. D. de leg. 2. idemque iuris obtineat in testamento imperfecto, licet fideicommisi testamentarij verba contineante, l. fideicommissa. §. 1. de leg. 3. nisi de voluntate testatoris aliter constet, l. coheredi. §. cum filiæ. de vulg. l. pen. §. vlti. de leg. 2. l. vltim. C. de codic. l. ex testamento. C. de fideicommiss. tamen in milite benignè receptum est, vt si seruo libertatem dederit, eidemque à primo & secundo herede per fideicommissum hereditatem reliquerit, quamuis ante aditam hereditatem vterque heres decesserit, libertas tamen & hereditas directò competat seruo propter manifestam

militis

militis voluntatem, quam solam leges considerant. Quod exemplo D.Pij in l.Antoninus.D. de fid.lib. Seuerus rescripto suo confirmauit,l.idem est.§.vltim. D.de milit.testam. At verò in paganorum testamentis D.Pius hoc non admisit, sed satis habuit libertatem, in quam proniores sunt leges, confirmare, d. l.Antoninus.in fi. quæ sumpta est ex lib.7. Mætiani fideicommissor. Qui tamen lib.4. distinctionem in paganis inuexerat, l.tractabatur.D.de milit.testam. vt si quidem viuo testatore & sciente decessissent primi & secundi heredes, periret tam legatum libertatis, quàm fideicommissum hereditatis, quasi inutili testamento, quod aditione confirmatum non esset. Sinautem eo ignorante,aut post eius mortem, id contigisset, omnimodo subueniretur seruo, & extra ordinem consuleretur. Qui loci inuicem, vt apparet, repugnantes hoc modo in concordiam reuocari possunt, si dicamus distinctionem Mætiani in d. l. tractabatur. & ignorantiæ argumentum prodesse seruo, in libertate & hereditate ei conseruanda. Huc enim respicit verbum illud, *omnimodo*, quo vtitur ibi Iureconsult. Indistinctè autem, siue sciuit testator, siue ignorauit, libertas ex constitutione D. Pij præstatur, d. l. Antoninus. Succedit maximus effectus in iure actionum fideicommissi nomine competentium consistens. Qua in re distinguenda sunt fideicommissaria singularia ab vniuersalibus. Et quidem ante Iustinianum, vt obiter supra dixi, persequutionibus & extraordinariis cognitionibus fideicommissa petebantur. Quòd si fideicommissum ab here non præstaretur, non solùm in res hereditarias sed & in proprias heredis fideicommissarius

induce

inducebatur, Paul. 4. sent. tit. 1. Si qua tamen fideicommissorum petitio inter coheredes cõsisteret, etiã iudex familiæ erciscundæ iudicio aditus, vt voluntas testatoris seruaretur, partes suas adcommodabat, l. si qua. l. fam. erciscund. Namque eo nomine personalis actio ex testamento competebat, vt aliàs monui. Primus Iustinianus vindicationem, & hypothecariam, legatorum olim proprias fideicommissis communicauit, l. 1. C. com. de leg. sic vt hodie tres actiones fideicommissorum singularium nomine competant, personalis ex testamento, si in testamento fuerit relictum fideicommissum, vindicatio, & quasi Seruiana seu hypothecaria, d. l. 1. Quò loci Iustinianus circuitum missionis in rem, quæ rei vindicationis & hypothecariæ præparatoria erat, ita sustulit, vt rectà hodie in rem agere possit fideicommissarius. In rem missio non erat in possessionem missio, quin & illa hanc præcedebat. Heredes etiam in possessionem ex more mittebantur, l. vltim. C. de codic. at soli fideicommissarij in rem. Denique in rem mittere nihil aliud erat, quàm dominum ex fideicommissi causa facere, deinde fiebat missio in possessionem. Vniuersalium verò fideicommissorum nomine competentes actiones, in duplici sunt differentia. Aut enim quærimus de his quæ competunt ante restitutam hereditatem, aut de his quæ post restitutionem. Ante restitutam hereditatem fideicommissarius olim nullam ciuilem habuit actionem, vt ne quidem herede alienante quid, aut corrumpente, vlla alia quàm fideicommissi mera persequutio extra ordinem daretur, l. si heres. 70. §. 1. D. ad Trebell. Idem Iustinianus, maximus fautor & ampliator fideicom

deicommissorum, primus induxit his casibus vindicationem fideicommissario dandam, l. vltim. §. sin autem. C. com. de leg. Vt verò restitueretur hereditas, coactu Prætoris fideicommissarij fiebat, non quidē iure actionis, sed persequutionis & cognitionis, vt aliàs dixi. Post restitutā porro hereditatē Senatusc. Trebelliano prouisum est, ne fideicommissarius actionibus destitueretur, cùm actiones omnes hereditariæ ei & in eum vtiliter cōpetant, l. 1. in prin. D. ad Trebellian. Exinde igitur siue personales sint actiones, siue reales, aut exercere poterit, aut pati cogetur. Itaque iam non petitio hereditatis heredi, sed fideicommissario competet, l. ei qui. 54. D. de hered. petit. non quidem ciuilis, de qua ibi agitur, sed prætoria, de qua proprio titulo de fideic. hered. petit. quæ in effectu à ciuili non differt, cùm eadem recipiat quæ & illa l. 2. D. eod. Quòd si heredi nō detur hæc actio, sed fideicommissario, neque etiam in heredem dabitur, quia in possidentem dirigitur. Is autem per restitutionem possessionē transtulit. Quo ergo adhuc casu possidentem interpretamur, veluti cùm dolo restituit, dabimus in eum hereditatis petitionem, l. nec vllam. §. is autem. D. de hered. petit. quia in toto iure dolum pro possessione esse notissimum est. Exinde etiam, ex quo restituta est hereditas, Publiciana fideicommissario dabitur, etiamsi nondum actus sit possessionem. l. cùm sponsus. §. 1. D. de Public. quia per Senatusconsult. in eum actiones ipso iure transferantur, d. l. 1. in princ. ad Trebellian. Sic vt curandum non sit, adeptus fuerit possessionem, necne. Duo igitur specialia hoc casu cōcurrere manifestum est contra regulā interpretum
inl.

in l.1.C.de dot. promiſs. quia & non dominus Publiciana agit, quæ vindicationis eſt ſpecies, etſi nondum nactus ſit ipſo facto poſſeſsionem, quod ad hanc inſtituendam actionem requiritur, l.1.D.de Public. Poſtremus fideicommiſſorum effectus circa deceſsiones, & acceſsiones, verſatur. In quibus tempora duo ſunt diſtinguenda, ſi videlicet ante, vel poſt moram contigerint. Cùm de deminutione agitur, tenenda eſt hæc regula, eam deceſsionem pati eum, cui reſtituta eſt hereditas, quam is qui ei reſtituit paſſurus fuit, l.ſi ſeruum.in fine. D.ſi quis omiſ. cauſ. teſt. Solutiones igitur, & liberationes factæ ab herede ante reſtitutam hereditatem eam minuent, l. ante reſtitutam. 104. D. de ſolut. & liber. Hinc fit, vt ſi à legatario fideicommiſſum ſit, id tantùm reſtituat, quod per iudicem conſequitur, l.ſi legatarius.8.de leg.1. Euenit præterea, vt re per fideicommiſſum relicta & perempta ante moram, liberetur debitor,l.ſi ex legati cauſa. D.de verb.obl. Circa verò lucra acceſsioneſque, quarum multa ſunt genera, nempe vſuræ, fructus, partus ancillarum, adquiſitiones ſeruorum, alluuiones, & ceteræ, de quibus ſub titu. de vſur. ex his omnibus plenius tantùm reſtituitur, creſcitque fideicommiſſum, cùm per alluuionem, aut quod alluuionis inſtar eſt, ei acceſsit, l. ſæpe. 16. de leg. 3. Reliquæ acceſsiones & lucra pertinent ad heredes, argumento.l.in ratione. 30. in princip.D. ad l. Falcidiam. Nam vſuræ quia non niſi poſt moram veniunt, exploratur mora cùm de vſuris agitur, l. cùm vnus. §. 1. D. de alim. & cibar. legat. Idemquè de fructibus dicendum, niſi alia mens fuerit

relinquentis,

relinquentis, vt in ſpecie l.liberto. §. filium. D. de ann. leg. Vbi infirmitati filij conſulens pater fideicommiſſum facit, non vt velit commodum fideicommiſsi ad matrem pertinere. Voluntatis coniecturam eandem ſumimus, cùm quis rogatur reſtituere quicquid à ſe peruenerit ex hereditate. Nã & hoc caſu ad reſtititutioné fructuum vrgẽdus eſt, l.2. in fi. D. de dote præleg. Et in ſumma, etſi in diem fideicommiſſum eſſet, ſi tamen dies adiectus ſit, tempuſque dilatum gratia fideicommiſſarij, fructus etiam antecedentis temporis præſtabuntur, l.ſi ita relictum. 43. D. de leg. 2. His igitur caſibus ante moram fructus venient. Vbicumque enim voluntas deprehenditur ad fructus aliaſve acceſsiones extendi, moræ nulla eſt habenda ratio, d.l. liberto. §. filium. Ante morã etiam venient fetus & partus, puta, ſi equitium legatum ſit, l.equis, §. equitio. D. de vſur. ſi fundus inſtructus, l.3. in pr. D. de fundo inſtr. & inſtr. leg. vbi ait Papinian. *medij temporis augmenta fetuum & partuum, item detrimenta fatalium fideicommiſſo contineri.* Nam inſtructi appellatio vniuerſalis hanc interpretationem recipit, arg. l.quæſitum. §. ſi inſtructũ. D. eod. Vt malè verbis Papin. negationem addẽdam cenſuerit Martinus vetus interpres contra omnes libros, quę adiecta reſpõſum Iureconſult. indubitabile redderet. Quod tamen Papiniano non cõgruit, cuius omnia reſpõſa lecta ſunt, plenaque non vulgaris prudentiæ, vt non de nihilo ſuperiora verba ſubiecerit, & per aduerſatiuam, *ſed*, quæ contrarium aliquid iuris regulis arguit, eam conceperit. Placet igitur prima Accurſij interpretatio potius, quàm quod olim mihi venerat in mentem, medium tempus intelligi, quod inter mortem

&

& petitionem intercessisset, quasi à morte in mora constitutus legatarius ea restituat, quæ ante moram non venirent. In summa, superior sententia mihi sincerior simpliciorque videtur. Regulariter autem post moram vsuræ veniunt, l.1.D. de vsur. etiamsi à Rep. debeatur, l. qui solidum.78.§. etiam.de leg.2. Veniunt & fructus, vt puta fetus primus, venit & secundus, non tamen vt fructus, sed vt causa, l. equis.D.de vsur. Veniunt & sub eadem causæ appellatione partus ancillarum, d.l.equis.l.respondit.D. eod. Omne præterea damnum quo affectus est fideicommissarius,l.is qui.26. de leg.3. & quidquid consequuturus fuisset occasione rei relictæ, argumen. l. patronus.33.in princ.de leg.3.quæ de fideicommisso intelligenda est propter verbum precarium, *petierat*, in ea expressum. Moram verò intelligemus non tantum restitutionis,& solutionis,sed eius per quod ad solutionem aut restitutionem peruenitur, vt puta, si pater emancipationi liberorum, quæ restitutioni præuia esse debet, moram fecerit, l.si cui.90.in fin. D.de cond.& demonstrat. Committitur porro mora in fideicommisso non tantùm regulariter, sed & irregulariter, id est, non tantum ex persona, & per interpellationem, sed ex re, l. in minorum. C. in quib.caus.restit.l.3.§.1.D.de adim.& transfer. legat. Ex re mora fit in persona minoris sine vlla interpellatione beneficio constitutionis D. Seueri, l. cùm verò.§. apparet. D. de fid. libert. Quæ mora cæteris multò est irregularior, cùm aliæ omnes, siue ex re, siue ex persona sint, semel commissæ perpetuam faciant obligationem, l. si seruum.§. sequitur. D. de verb.obl.hæc verò finita ætate cesset, nec restauretur

nisi

nisi noua interpellatione,& vera mora intercedente, l. Titia.§. vsuræ.D.de leg.2.Committitur autem mora in fideicõmissis,nõ in quantũ petitur,sed quãtum debetur, d. l.qui solidum.78.in princ.D.de leg.2.

De absoluta fideicommissi definitione.
CAP. VI.

SVPERIORES disquisitiones necessariæ fuerũt ad inuestigandam veram fideicommissi definitionem. Quam ita bifariã constituo,vt sit voluntatis nostræ vltimæ qualis qualis sententia,ministerio alterius commissa: aut sic, Fideicommissum est figura mortis causa capiendi rem precariò alicuĩ relictam, quatenus ad rogatum iudicio defuncti peruenit,iure voluntatis tantùm subnixa. Figuram mortis causa capiẽdi loco generis posui,quia inter eas figuras numeratur fideicõmissum,l.mortis causa.in prin.D. de mort.cau.donat.Mortis autem mentio ideo necessaria,quia si inter viuos capiatur,fideicommissum non erit.Inde est,cur mortis mentionem vrgeant leges,l. 1.§.sciendum.l.3.in princ.D.de leg.3.Rem autem sic intelligimus, quæ addat fideicommissario. Itaque si creditori per fideicom. relinquatur quod ei debetur, nõ est fideicommissum,l.Aurelius.§.vlt. D.de liber. leg. Et rei verbum elegimus vt generale, exemplo Iurec.in l. 1.D.de rebus cred. Siue igitur sit res, siue pecunia,siue nomen,siue ius,siue factum,cuius tamẽ sit commercium,& per rerum naturam liceat, fideicommisso relinqui poterit. Nemo tamen rogabitur, vt emancipet filium, l. filiusfamil. 114. §. vt quis. de leg.1.Potestas enim patria inæstimabilis est, vt ibi ait Iurec. Aliud est in seruo quem si rogetur dominus

manumittere, eique hereditatem restituere, sponte adita hereditate cogetur manumitti deducto eius pretio.l.cogi.§.sed si seruo.l. ita tamen.§. vlt. D. ad Trebel. quia potestas dominica æstimationem recipit ex serui pretio,l.vlt.D.de his qui deiecer. l. 1. C. de com.ser.man.Nemo item rogabitur,vt adoptet,l. vxorem.§.eius heres.D.de leg.3.ne inuito patre suus heres ei adnascatur, contra regulam iuris in §. licet autem.Instit.de adopt. Præterea,nemo iure rogatur heredem facere, quamuis Senatus censuerit has preces vertendas esse in fideicommissum, sic vt ei restituatur hereditas, quem ab alio fieri voluit heredem testator,d.l.filiusfam.§. vt quis.Pro modo itaque relicti tenetur heredem facere,l.Imperator.70.§.vlt.de leg.2.Verbum autem,*precariò*, cõtinet formam fideicommissorum,exigitque preces, siue verbis,siue nutu expressas. Nam & nutu fideicommissum relinqui potest,l. nutu. de leg.3. Preces verò de substantia fideicommißi esse manifestum est l. quidam cum. de adquir.hered.l.epistolam.75.in fi.princ. l. Lucius.78. §.tres heredes. D.ad Trebel.Neque preces ad certam personam omnino sunt dirigendæ, puta rogati, sed qualitercunque intercesßisse sufficit, etiamsi absens sit rogatus,l.non idcirco.C.de codic. etiamsi dominus seruo herede instituto,sic tamen vt onus hereditatem sequatur,l.si alienus.62.D.de leg.2.Non enim oportet queri,cum quo de supremis loquutus sit defunctus sed in quẽ voluntatis intentio dirigatur,l.cũ pater.77.§.donationis. de leg. 2. Potest igitur loqui non tantùm cum herede aut rogato, sed cum eo, quem precariò remuneratur, l. miles ad sororem. 75. in princ. l. peto.69.in princ.de leg. 2. Quinimo etsi

ad

ad certam perſonam codicillos ſcripſerit, fideicomſſum tamen ex voluntate ab alio petitur, l. cum quis. 37. §. Sciam. de leg. 3. Adieci particulam, *alicui*, quę neque hic eſt ocioſa. Nam ſi fideicommiſſarij nomen adſcriptũ non ſit, aut de eo non conſtet, inutile eſt fideicommiſſum, l. Paulus reſpondit. 4. D. de reb. dub. l. ſi quis de pluribus. 27. eod. Ei enim reſtituitur cui dictum eſt, l. Publia. in fi. D. depoſ. Relinquendi etiam appellatio æquè generalis eſt, quia & hereditatem, & legatum, & mortis cauſa donationem complectitur, cùm ab herede & donatario cauſa mortis fideicõmiſſum relinqui poſsit, l. ab eo. C. de fideic. Denique quoquo relicti titulo, & quacumque vltimæ voluntatis ſpecie fideicommiſſum valet, ſi teſtibus probari poſsit, l. & in epiſtola. C. de fideic. Dixi, *iudicio defuncti*. Nam ſi aliunde peruenerit, non onerabitur fideicommiſſo, l. 2. in fi. princip. D. de dote præleg. argum. l. vlt in princ. de leg. 3. puta ſi fortuitò, aut neceſſariò res ad rogatum perueniat. Nam qui fortuitò, vel non iudicio, conſequitur hereditatem, aut legatum, nõ debet onerari, l. ſed etſi. 6. in fi. prin. de leg. 3. Idem eſt, ſi neceſſariò, quia legis aut principis prouidentia ei conceditur vt in adrogato & patrono ſtatuitur. Quorum ideo debitæ portiones non onerantur fideicommiſſo, quia non iudicio, ſed neceſſario conſequuntur, l. ſi adrogator. D. de adopt. d. l. filiusfam. §. 1. de leg. 1. Idemque recipiendum & in aliis portionibus legitimis, aut ſi quid neceſſario reddendum ſit, vt in dote reſponſum eſt, l. 1. §. idem Iulia. D. de dote præleg. Nam hoc fideicommiſſum ex commodo tãtùm, quod ex prælegatione mulier ſentit, æſtimatur, l. 2. D. eod. *Quatenus peruenit*, ideo adic-

ctum,quia non est recipiendũ,vt cui nihil dederis eũ rogando obliges,l.sed etsi.6.D.de leg.3.Aliter enim nõ valet fideicũmissum nisi aliquid lucri adferat ei à quo derelictũ est,l.1.§. pen.C. com. de leg.id est,nisi eius intersit,l.si cui legetur.49.§.si Titio.de leg.1.Peruenisse autẽ re vera & cũ effectu intelligimus,nõ coloratè & in euẽtu l.3.§.si rem.de leg.3.& iudicio,nõ fortuitò,d.l.6.Qui igitur neq; legatũ neq; hereditatẽ capit,fideicõmissum præstare nõ cogitur, l.ab eo. C. de fid.l. planè.94.in fi.de leg.1.Ideoque ab emptore fideicommissum relictum nõ debetur,l.cum pater.§. qui dotale.D.de leg.2. nec ab exheredato aut emancipato præterito,l.quidam filium.C.de fideic.demq; nec ab omni præterito l.2.de leg.3.Hinc enim, tanquam à certo principio,petendæ rationes multarum legum, quæ circa hanc regulam vertuntur, videlicet l.filiusfam. 114. §. apud Marcellum. de leg. 1. l. 3. in pr.& §.1.cũ seqq.l.ciuitatibus 122.in fi.eo.l.à patre 4. l.si deportati.7.in fi.cum l.seq.l.cum quis.27.de leg.3. l.Titia in pr.2.resp.de ann.leg.l.si seruum.in pr.D.si quis om. Ad modum itaque datum fideicommissum præstabit, aut actionibus cedet oneratus, l. Imperator.70.in princ.& §.1.de leg.2 excepto casu l.plane. 94.§.si cui Stichus. de leg.1. qui sua singulari ratione nititur. Dare ergo & relinquere cum effectu intelligimus. A legatario enim fideicommissum relictum tum demum debetur,si legatum ad eum peruenerit,l.fideicommissum.78.de leg.1. Quamobrem si ad fiscum deuoluatur, transibit cum onere fideicommissi,l.2.D.si quis aliq.test. prohib.l. 3. §. vlt. D. ad Trebell. Ita enim leges sustinent fideicommissum, vt is ad quem transit & peruenit, aut apud quem remanet,

remanet, oneretur. Imo & in fauorem fideicommissi faciunt leges, vt perueniat quod aliàs non perueniret, l. 1. §. sed si legatum. D. si quis aliq. test. prohib. l. vlt. D. de his quæ pro non script. l. cogi. §. hi qui solidum. D. ad Trebell. l. cum ei. 42. de leg. 2. l. si fidei meæ. 28. de leg. 3. cum similibus. Peruenisse autem intelligimus si principaliter & directò peruenerit. Tunc enim iudicio defuncti peruenisse videtur, non si per successionem, & mediam personam, vt in specie l. vlt. in princ. de legat. 3. In qua necessariò ponendum est cum Accursio, exheredato pupillo substitutos fuisse, non solùm heredem extraneum, sed etiam alium minime institutum. Hæc tamen quæ diximus de re quæ ad rogatum peruenerit, locum non habent in tutore, à quo quamuis falso & contra regulas iuris dato, & licet ei nihil datum fuerit, vtiliter fideicommissum relinqui potest, l. peto. 69. §. mater. de legat. 2. Nam vt ibi dicitur, quod ab eo relinquitur extero, non ipsius proprio, sed pupilli iure, debetur. Atque ab ipsis tutoribus fideicommissa data, velut ab ipsis pupillis relicta debentur, l. etiam. C. de fideicom. Idemque & in curatore dicendum existimo, l. codicillis. §. vlt. D. de vsufruct. legat. Non etiam videbitur peruenisse quod principaliter non peruenit, sed in consequentiam. Nam iudicio non videtur consequi, sed ex euentu, puta, si legato percepto, magnum emolumentum ex negotio aliquò sit consecutus, aut pœnam stipulationis imminētem, euasit, l. Imperator. 70. §. 1. de legat. 2. Sunt tamen quidam casus in quibus plus oneratur quis quàm honoretur, d. l. Imperator. in princ. & ibi notat Accurs. Vnus est in l. cum pater. §. mensæ negotium. de leg. 2.

Porro rogatum intelligimus non tantùm quem forma verborum rogatum facit, & cum quo apertè testator loquitur, vt in l.Titia.34.§.Lucius.de leg.2.sed quem mens & voluntas, vt iam diximus, arg. l. cum quis.§. Seiam.in fi.de legat.3.d.l.Titia.§. Titia cùm nuberet. Nam fideicommissa nõ solum expressa esse sed vtilia & intellecta infra demonstrabimus. Idque adeo verum est vt & ignorantes adstringantur fideicommisso, dum tamen ignorantibus ex relicto emolumentum quæratur, l.cum pater.§. surdo. de leg. 2. Rogatur autem, aut rogari is videtur, cuius fidem sequutum esse defunctum apparet, non si cum alio fidem rogatus interposuit, id est, rogatum à defuncto intelligimus, non ab alio, l.quidam.46. D.de hered. instit. Potest verò heres testamentarius vel ab intestato rogari, l.Titia.D.de inoffic.testam. potest & heres secundarum tabularum siue pupilli, l. si fundum. 92.in fi.de legat.1. Nam cùm pupillo pater heredem facere posit, multò magis ab herede pupilli fideicommissum relinquere. Eueniente tamen pubertate, quia disoluitur testamentum pupilli, substitutioque pupillaris euanescit, etiam fideicommissum intercidet quo ad bona pupilli attinet, l. quod fideicommissum. 93. de leg. 1. l. coheredi. §. cum filiæ.D.de vulg. Durabit enim fideicõmissum intuitu paternorum bonorum. A debitore præterea potest relinqui fideicommissum, maximè post rescriptum D.Pij in l. si pecunia. 77. de legat. 1. l. cum quis. §. pater emãcipato.in fi.de leg.3. Quod in vero debitore est intelligendum, & à quo inuito pecunia exigi potest. Nam si naturalis debitor cogi non posit, non cogetur restituere, nisi aliud commodum senserit. Puto

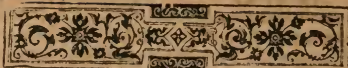
tamen

tamen fideicommissum ab eo præstitum non posse repeti, quia ante quàm reuocata essent ad iuris necessitatem fideicommissa, semel soluta non repetebantur, vt in quolibet debito naturali statutum, l. naturaliter. D. de cõdict. indeb. l. vlt. D. quod quisq. iur. & in fideicommisso probat l. 2. C. de fideicom. in qua quod iure ciuili non debebatur, semel præstitum ex conscientia relicti, non condicitur vt indebitum. *Iure tantum voluntatis subnixa*, ideo adiectum, quia non iure alio; quàm ex mente & voluntate relinquentis pendent fideicommissa. Itaque ius voluntatis de iis loquens dixit Papin. l. 3. §. nonnunquam. D. de vsur. Hinc illa toties occurrunt in fideicommissis, præcipuè spectandam, seruandamque defuncti voluntatem, l. fideicommissa. §. item si quis. de leg. 3. l. quisquis. 95. eod. l. à fratris postumo. de legat. 1. l. generaliter. §. si petitum. D. de fide. liber. Non enim verba, non scriptura attenditur, cùm de voluntate constat, l. Titia. in fi. 34. de legat. 2. vt meritò responderit Iurec. ordinem scripturæ impedire causam iuris & voluntatis, l. cum pater. §. cum fidei tuæ. de legat. 2. sic fit, vt fideicommissi verbis cessantibus, ex voluntate pro fideicommisso sermo accipiatur. l. vnum ex familia. in fi. de leg. 2. contrà, verborum expressioni voluntas præferatur, l. Publius. 36. in fi. D. de cond. & dem. Sic etiam euenit, vt cùm de voluntate in genere constat, licet voluntas specialis incerta sit, tamen sustineatur fideicommissum, l. Stichus. 12. de leg. 3. Non enim vt sit expressa voluntas omnino requirimus, sat est si tacitè colligi possit. Atque vt tacitè inducitur, sic etiam tacitè adimitur, l. Procula. D. de probat. l. 3. in fi. D. de adim. leg. l. si iure. 18. de leg. 3. Voluntas autem

nouiſsima ſeruanda eſt,l.tranſlatio.6.in fi.l.ſi tibi.28. D.de adim.leg.Illa verò maximè obtinēt,ſi in teſtamento,aut codicillis,aut epiſtola contineatur fideicõmiſſum. Nam extra commune ſcripturæ auxilium teſtibus munitum,meris teſtibus agendũ erit,quinimo ipſum teſtamentum teſtibus probari debet. Olim codicillus,aut epiſtola,ſigno etiam,vel qualibet alia probatione legitima,l.vlt.in princ.de legat. 2. Et de epiſtola ait ibi Iurec. *Si fides epiſtolæ relictæ conſtaret, deberi quæ in eam dare ſe uelle ſignificauit.* Itaque in l. & in epiſtola.C.de fid.illa verba,*adhibitis teſtibus*, Triboniani eſſe facile admiſerim, idque propter l. vlt. qua hodie penes ſolos teſtes fideicommiſsi probatio cõſiſtit. Qua denique & illud ſtatuitur, vt non minor quàm quinque teſtium numerus interueniat. Alioquin ſi teſtibus probari non poſsit, aut ſi poſsit, nec tamen fideicõmiſſarius ad teſtes confugere velit,Iuſtiniani conſtitutione datur ei licentia, vt ſacramentum à quocunq; rogato exigat,& iudicē ac teſtē cauſæ faciat, quod vel præſtare vel ſoluere compellatur, l.vlt.C.de fid.Is autem quinque teſtium numerus tũ demum in fideicommiſſo probando exigetur, ſi de pagani vltima voluntate tractetur. Nam in milite putarem quemadmodum teſtamentum eius duobus teſtibus probatur,arg.l.vbi numerus. D.de teſtib.ſic etiam fideicommiſſum ab eo relictum. Similiter in teſtamento cæci,cùm iure ſingulari conſtitutum ſit, vt ſeptem teſtium numerus cum tabulario intercedat,l.hac conſultiſsima.C. qui teſt.fac.poſſ.& ad codicillos eius producēdum exiſtimamus, vt infra demonſtrabimus, vbi de clauſulæ codicillaris effectu plura dicturi ſumus.Cum autē à volũtate pendeāt fi-
deicommiſſa

deicommissa, vbi nec volũtas erit, ibi nec fideicommissũ debebitur, sicut in furioso, l. ne codicillos. C. de codic. quia eius nulla est voluntas l. furiosi. D. de reg. iur. Idemque in similibus aliis sicut in demente, siue re vera talis sit, siue iuris interpretatione, vt in patre, cuius testamentum querela subuertitur, iure constitutum est. Nam fideicommissa in eius testamento data etiam ab intestato nõ debentur, quasi à demente relicta, l. Titia. in fi. D. de inoff. test. Sed nec aliud quidquam pertinens ad suprema eius iudicia valet, l. nec fideicommissa. 36. de leg. 3. Querela enim etsi intestatum patremfam. faciat, ideoque ab intestato deberi videantur fideicommissa, hoc tamen colore subuertitur testamentum, quasi non sanæ mentis fuerit testator, cùm suprema sua ordinaret, initio tit. de inoffic. testam. apud Iustinian. Ergo meritò fideicõmissa non debentur deficiente voluntate qua sola fideicommissa sustinentur. Quilibet tamen sanæ mentis præsumitur, nisi contrarium probetur ab eo qui dicit, d. l. ne codicillos.

* *
*



CLAVDII CHIFLETII IVRECONS. SEQVANI, DE IVRE FIDEICOMMISSORUM, liber secundus.

* * *

Fideicommissorum definitiones. Prima, fideicommissorum alia inter viuos fieri, alia in vltima voluntate relinqui.

CAP. I.



RDINARIVM nunc est ad fideicõmissorum diuisiones transire, in quarum explicatione consistit melior pars interpretationis nostræ. Sex autem pręcipuè animaduerto statui posse, quarum singulas prout natura earum patietur fusius explicabimus. Prima sit, fideicommissa vel inter viuos fieri, vel in vltima volũtate relinqui. Inter viuos fiebãt ob peregrinationes longinquas, vel alias causas. Sic apud Homerum Odyss. 16. Vlixes Troiam profecturus vxori dat mandata, & fideicommissa instituit. Quæ ratio peregrinationum obeundarum & codicillorum vsum introduxerat, tit. Instit. de codic. in princ. Causa mortis fideicommissa sunt, quæ quis alicuius mortis causa capit, l. mortis causa. in prin. D. de mort. cau. donat. Nisi enim mors sequuta fuerit, vim

vim & effectum fideicommissum, tanquam vltimæ voluntatis species, non capit. De hoc verò fideicommissi genere potissimum tractamus, vt definitio à nobis supra explicata satis ostendit.

Secunda diuisio, fideicommissorum alia in testamento, alia ab intestato relinqui, alia etiam extra testamentum.

CAP. II.

SECVNDA diuisio hæc sit, vt fideicommissa aut ex testamento, aut ab intestato debeãtur. §. præterea. Instit. de fid. hered. Itaque fideicommissa in testamento relicta, ab intestato non debentur, l. si quis, 81. de legat. 2. Adde tertium membrum, aut extra testamentum. Hocque fideicommissum non ab intestato, sed ab herede scripto præstatur. Finge, facto testamento aliquem peregre profectum, ibique fideicommissum reliquisse, non codicillis, non epistola, sed verbis coram prolatis. Ex testamento non debebitur. Euenit vt de loginquo verba fideicommissi petenda sint, l. ille quo. §. 1. D. ad Trebell. Aliud exẽplum petere licet, ex §. sed cùm ante. Inst. de codic. vtilitas autem huius diuisionis hæc est, vt cùm ab intestato tantùm valet fideicommissum, non competat actio ex testamento, quæ pro fideicommissis testamentariis tantùm datur, idque nomen satis ostendit. Et meritò respondit Iurec. aduersus eum constituẽdæ legatorum actionis rationem non esse, qui iure intestato heres existit. Sed & Iustinianus in d. l. 1. C. com. de leg. disertè testatoris meminit. Quid autem tam contrarium testamento facto quàm intestatum decedere? Neque moueor, quòd codicilli aliquando vim

vim testamenti obtineant, l. 2. §. codicillorum.l. ab intestato.l.conficiuntur.D.de codic.quia certum est, vtraque via relinqui posse. At quin via à via differat, nemo dubitauerit, ergo & quæ vtrique viæ peculiariter sunt adscripta.Sic Appia via,& Numicia,Brundusium ducunt, eædem tamen non sunt, & tabernæ vtriusque viæ specie differunt. Quare non probarim eorum sententiam,qui dicunt in l.1.D. quemad.test. & in l.2.C.com.de leg.vtilem ex testamento,pro fideicommissis in codicillis ab intestato relictis,competere. Magis enim illis accedo qui condictionem ex lege tribuunt,arg.l.1.D.de cond.ex lege.quæ etiã Accursij fuit sententia in l.3.in fi.D.de iure codic.& in d.l.2.Nam vltimo loco posita est. Nec vlla idonea causa est,cur eam reiiciamus.Idem non reciperem in ed.si quis om.causa test.cùm ibi legata conseruentur, perinde ac si adita esset hereditas,l. si duo.l. si dolo. D.eod.vtilis ex testamento tribuetur.Ex testamento deberi dixi. Nam quæ ab intestato valent fideicommissa,possunt etiam in testamento relicta fuisse, sed vi clausularum ab intestato debentur.Quamuis ergo in testamento relinquantur,ex testamento tamẽ non debebuntur. Excipe casum auth. ex causa. C. de lib. præter. Quia quamuis adiiciantur clausulæ, ab intestato tamen non præstabuntur,sed ex ipso testamento,vt rectè notat Accurs.Nam cùm velit Iustin.testamentum ea parte infirmatum,aut rescisum non esse, Nouel.vt cum de appel. cog.§.siue igitur.in fi.magis est, vt valeant ex testamento potius quã ab intestato cùm saltem ea parte , testamentariæ voluntati faueat Iustinianus,idque probant Doct.in d.auth.ex causa. Ergò & hoc casu poterit actio ex testamento competere.

petere. Nõ omiserim circa hanc diuisionem adnotare, legata aliquando sic fideicommissis opponi, vt horum nomine ea tantùm quæ ab intestato relicta sunt intelligantur, l.quia autem. in princ. D. si quis om.causa test. Itaque Theodosius, l.vlt.C. de codic. hæc duo non semel opponit, ex testamento agere, & ad fideicommissi persecutionem adspirare aut migrare, ideo fortè quia legata in testamento tantùm, fideicommissa etiam ab intestato fiebant, idque potissimum. Testamentaria erant fideicommissa, licet in codicillis testamento confirmatis relinquerentur, quia sequebantur ius testamenti. Valebant autem in codicillis non confirmatis, ab intestato, siue in epistola fideicommissaria, cuius fit mentio in l.cũ quis. 37.§.pater emancipato.de legat.3.

Tertia diuisio, fideicõmmmissorum alia vniuersalia, alia singularia esse. Quomodo differant vniuersales fideicommissarij ab heredibus, & in quibus conueniant.

CAP. III.

TERTIA diuisio secatur in fideicommissa vniuersarum, & singularum rerum, quæ à rei qualitate inducta est, & cuius membra titulis propriis in nostris libris locata sunt. Poterit etiam sic concipi hæc tertia diuisio exemplo Iurec. in l.cogi.in princ. D.ad Trebel. vt fideicommissum sit aut pecuniæ, aut successionis. Pecuniæ fid. aut rei est, aut quantitatis d.l.cogi. §.1. At verò circa fideicõmissa vniuersalia, Pegasianum & Trebel. Senatusc. facta sunt, circa singularia, lex Falcidia, aut legis Falcidiæ interpretatio

adcom

adcommodata. Fideicommissarius vniuersalis heredis vice & loco est, singularis legatarij. Ille cogit heredem adire & restituere, hic nunquam, non magis quàm legatarius solet, d.l.cogi.§.1.l.si.heres.68.D.ad Treb.l.si quis.D.si quis om. causa test. In fideicommissarium singularem transit dominium statim à morte, l.à Titio. D.de furt.in vniuersalem, facta restitutione, l.facta.in princ. l. si eius. §. si quis. D. ad Trebell. Fideicommissum singulare cedi potest, quia iure non prohibetur, vniuersale nó potest, l.si mulier. §.ex asse.D.de iure dot.ibique Bartol. Huius rei illustrandæ gratia, persequar differentias aliquot fideicommissarij & heredis, siue primus, siue secundus sit, quibus deinde legatorum differentias & adæquationes subnectã. Et quidem, in multis iuris partibus, heredi fideicommissarius adæquatur, l.item veniunt. §.licet.D.de petit.hered.l.si ex causa.D.vt leg.nom. cau.l.si legatorum. D. vt in poss. leg. itaque familiæ erciscũdæ iudicium ei datur, l.24.l.seruos.l.si ex asse. D.fam. ercisc. itemque substituto comparatur, quia partes factæ in substitutione repetuntur in fideicõmisso, quemadmodum & in institutione factæ, l. Lucius.§.pater.cum seq. D.ad Treb. sicut è contra conditio in fideicommisso adiecta, ad substitutionem eidem subiectam porrigitur, l. latinus largus. 85. de legat. 2. Item heredis appellatio fideicommissarium aliquando cõprehendit, l.ex facto.in princ.ad Treb. Denique fideicommissum, vt & hereditas, aditione cedit, ac proinde transmittitur, l.1.§.in nouissimo.C. de cad.toll.l.quoniam.C.de iure deliber. l. quidam. 25.in princ. D.ad Trebell. Differt tamen in pluribus ab herede, cuiuscũque gradus sit, fideicommissarius.

Ille ipſo iure & recta via talis eſt, hic autem mediam perſonā exigit. Recta enim via id dicitur fieri, quod ſine media perſona contingit, l. ſi vſusfr. in princ. D. vſufr. quemad. cau. Hinc videmus, *ipſo iure, &, per fideicommiſſum*, opponi, l. querebatur. D. de milit. teſta. Præterea ſemel heres non deſinit heres eſſe, & hanc qualitatem nōn facilè exuit, l. ei qui ſoluendò. D. de hered. inſtit. At fideicommiſſarius rogatus alteri reſtituere non tenetur amplius actionibus, quæ ex SC. in eum tranſierant. Fideicommiſſarius cogit heredem adire & reſtituere ex Senatuſc. heres nunquam fideicommiſſarium cogit recipere, niſi is ante coegerit, l. poſtulante. in princ. D. ad Trebell. Item, heredi reſtituenti ius quartæ competit, fideicommiſſario non item, l. lex Falcidia. §. nunquam. D. ad leg. Falcid. Heres teſtamentarius nunquam in codicillis fieri poteſt, fideicommiſſum in codicillis ſiue in teſtamēto bene relinquitur. Deniq; inſtitutio, ac ſubſtitutio directa, in precariam verti poſſunt, ſi appareat de voluntate defuncti, fideicommiſſum nunquam dirigitur, ſed ſemper obliquum manet niſi fauore militiæ l. querebatur. D. de milit. teſt. Hæc cauſa eſt, cur multa apud heredem, ſiue primum, ſiue ſecundum, remaneant, vt ſunt iura ſepulchrorū, l. quia perinde. D. ad Treb. & quæ ibi notat Accurſ. & datum conditionis implendæ cauſa in fideicommiſſarium etiam poſt SC. non tranſit, l. cum heredi. 43. §. cum hereditas. D. de condit. & demonſtr. Nec obſtat l. is qui. §. fin. D. de legat. præſt. Nam etſi petitori contra tabulas tribuatur relictum conditionis implendæ cauſa, minime tamen eſt ad fideicommiſſarium producendum. Hic enim ex iudicio inconuulſo defuncti capit, quod Senatuſc.

Senatusc. nullatenus est eneruatum, ille autem iudicium defuncti euertit, ac proinde heres quasi non esset scriptus, nihil fert ex ipso testaméto semel vacuato, & inani reddito, sicvt bon. possessor contra tab. per omnia loco eius sit, atque in vniuersum ius ei competens succedat, l.2. D. de bonor. poss. At heredis loco in omnibus non est fideicommissarius, sed quibusdam tantùm. Aequum est igitur, vt quomodo in omnibus oneribus vice heredis est bonor. possessor, sic & in commodo habeatur, qui est verus sensus rationis à Iurec. satis perplexè traditæ in d.l. is qui. §. fin. His quæ peculiariter heredi competunt adde beneficium inuentarij, quo solum heredem gaudere testatur Io. Fab. in §. extraneis. Inst. de hered. qual. Non enim actionum verbo venit hoc beneficium, quas solas transtulit Senatusc. Trebel. & quarum occasione dicitur effectus heres fideicómissarius l. si filiusfa. §. 1. D. quod cum eo. Prætterea beneficium consuetudinis, quo heres dicitur saysitus, non datur fideicommissario, vt expressè voluit Alexand. in l.1. §. illo. D. ad Treb. & cons. 82. vol. 2. aliique quos memorat Tiraq. in tractatu eius consuetud. 10. declarat. sec. par. num. 15. Quia non ante ius vllum habet in fideicommisso, quàm si restitutio ei facta sit. l. restituta. l. facta. D. ad Trebell. Itaque heres statim adita hereditate petit mitti in possessi. ex potestate l. vlt. C. de edicto Diui Hadr. fideicommissarius non potest, nisi restituta ei hereditate, vt non semel Accursio visum est, quem ceteri probant in d.l. vlt. ver. ex parte. & l. vlt. C. de codic. Quæ de herede iura sepulchrorum retinente diximus, locum habent & in substituto, l. his consequenter. 18. §. idem quærit. D. fam. erciscu. eoque

à fideic

à fideicommissario differt, quia certum est substitutũ esse heredẽ, l.vlt.D.de fid lib.l.1.D.de vulg. Quinimo si substitutiones particulatim excutiamus, inueniemus vnamquamque à fideicommisso differre. Potest quidem relinqui sub conditione vulgaris substitutionis, l.vlt.§.Seio. de leg.2. Sed tamen vulgaris prorsus fideicommissariæ restitutioni testamentariæ aduersatur, quia hæc non potest fieri, nisi adita sit hereditas, id est, nisi sit heres, qui restituat. Quod enim alicuius heredis nominatim fidei committitur, potest videri ita demum dari voluisse, si heres extitisset, l.pater meus.§.1.de leg.2. At cõtrà, vulgaris adita hereditate expirat, l. post aditam, C. de impub. Itaque vulgaris substitutio, & fideicommissum, etsi eidem fiãt, tamen diuersos casus habẽt, l.recusare.§. Titius. D.ad Treb.l.vxorem.§.Seium.41.de leg.3. Sed fideicommissum in casum vulgaris substitutionis ex testamento valere non potest, ideoque à legitimis præstatur, l.Lucius.penult.§.filiam.de leg.3. nisi dicamus substitutum ei alium datum. Nam repetitũ videbitur à substituto fideicommissum cum sua conditione, l. licet.& ibi not.de leg.1. Miror autem, si ad intestati causam res deducta sit, absolutè negasse Decium fideicommisso locum esse, cons.287.& cons.291. vtrobique.num.3. & 4. Ego magis puto distinguendum: Vel is qui heres est institutus, etiam legitimus est successor, & locus nõ erit substituto vulgari, ne quidem ex fideicommisso, videbiturque extincta substitutionis conditio, quia saltem ab intestato fuit adita hereditas: Vel heres institutus non potest ab intestato succedere, & tunc quia heres non est, locus erit vulgari substitutioni fideicommissariæ, heresque ab in-

testato tenebitur restituere vi clausulæ. Hæc plenius diiudicabuntur ex his quæ postea de clausula codicillari dicemus. Est & alia differentia, quia vulgari substitutione duobus facta, cōditionem eius necesse est euenire in vtriusque persona, not. in l. quamuis. C. de impub. quia vno deficiente alteri adcrescit portio. At fideicommisso à duobus relicto, altero decedente fideicommissarius admittitur ad partem, l. Lucius. §. Gaio. D. ad Senatusc. Trebel. Bartol. in l. heredes mei. §. cum ita. nu. 4. D. eod. & in d. l. quãuis. Item, per pupillarem succeditur non solùm testatori, sed etiam pupillo, quia pupillũ pater facit heredem interpretatione patriæ potestatis, Instit. de pupill. in princ. At fideicommissaria si fiat pupillo, id est, si bona rogetur pupillus vel hereditatem restituere, veniẽt tantùm bona patris, non eius propria, l. coheredi. §. cum filiæ. D. de vulg. quinetiam nec legitima, in qua tamen pupillo pater directò substituit, l. ex tribus. C. de inoffic. testam. Ergo fideicommissaria onus continet, d. §. cum filiæ. pupillaris directa, fauorem pupilli, d. §. 1. Instit. de pupill. substit. Est & inter hæc notabilis differentia, quia pater filio adoptiuo impuberi non potest directò substituere, nisi in quarta quam in eius bonis habet adrogatus, l. sed si plures. §. in adrogato. D. de vulg. at fideicommittere ne quidem in ea potest, l. si adrogator. 22. D. de adopt. Quamuis igitur tot sint formulæ fideicommissorum, quot & substitutionum, si vulgarem casum excipias, qui nihilominus & ab intestato fieri potest, elucent tamen manifestæ differentiæ inter substitutiones & fideicommissa, vt constat ex iis quæ à nobis ante dicta sunt.

De

De legato partitionis. CAP. IIII.

COMMODISSIMVM est de legato partitionis tractare, quod cum fideicommisso vniuersali similitudinem habet, quòd vniuersitas in vtroque versatur. Sicut enim res singulas, ita & vniuersas legare possumus, quod genus legati partitio dicitur, & cui legatum est, legatarius partiarius. Vlpian. in frag. reg. tit. de leg. Eo pertinent hæc verba Iureconf. in l. mulier. 22. §. vlt. D. ad. Trebell. *legari posse portionem hereditatis placet nobis*, quibus quidem auctoritate Iureconsultorum hanc legati speciem receptam esse colligimus. His enim verbis, *placet? placet nobis, &c.* interpretatio prudentum designatur, quibus sæpissime in responsis vtuntur. Est igitur partitio, cùm pars hereditatis legatur. Nam si pars sit bonorum, quod genus legati Iureconsultorum temporibus vsitatissimum fuit, ar. l. si quis. 23. de leg. 1. non idem dicemus, l. si quis. 8. in fi. cum seq. de leg. 2. Itaque nõ est partitionis legatum, quod Marcus Fulcinius matri Cæseniæ reliquerat, cuius mentio in oratione pro Cæcinna apud Cic. quia bonorum appellatione vtitur. In vtroque legato deducitur quidem æs alienum, ideoque auctio bonorum Fulcinij facta est eo nomine. Bonorum enim appellatio hanc admittit in iure nostro interpretationem, l. subsignatum. §. bona. D. de verb. sig. l. vlt. D. de vsufr. leg. Sed mitius in legata parte hereditatis, quàm bonorum. Illo enim casu, pretia seruorum manumissorum, & funeris impensæ, non deducũtur, hoc contrà, d. l. si quis. 8. cum seq. Quamuis autem partis meminerim, quia & à parte nomen habet hoc legatum, tamen partiarius est le-

gatarius,cui etiam tota hereditas legata eſt, vt ſi Titius hereditatem Mæuij Sempronio leget,cùm filius,. 76.§.1.D.de legat. 2. Eſt enim & hoc caſu partiarius legatarius, ratione hereditatis teſtatoris, cuius pars fuit legata hereditas. Differt igitur à ſimplici legato, quia hoc non eſt portio hereditatis,ſed ab ea diſtinguitur,l.qui fundum.87.§.qui filios.D.ad leg.Falcid. & quamuis legatum dicatur delibatio hereditatis, tamen poſtquam ab hereditate ſeparatum eſt,portio eius non dicetur amplius,ſed bonorum potius, aut res hereditaria. Legandi porro verbo vtimur, quia directis verbis fieri debet,non precariis. Neq; enim partitionis legatum ſic fieri poteſt,*te rogo ut hereditatem meam cum Attio partiaris*, quinimo fideicommiſſum degenerat,l.vbi purè.19.§.1.D.ad Treb.Idemq; ſtatuo in ſpecie l.ſi ita relictam.43.in princ.de leg.2. Inter vtrumq; autem,& legatum & fideicommiſſum partitionis,magna eſt differētia, vt infra videbimus.
¶His igitur verbis directis fiebat hoc legati genus, *hereditatem meam partito,diuidito*,Vlpian. in frag. titu. de legat.vel hoc modo,*quantum heres meus habebit, tantum Titio do*,item,*quam maximam partem dare poſſum damnas eſto dare*,l.ſi ita quis.51.de legat.2.Vis porro huius legati eſt,vt partiarius legatarius nō teneatur ad onera hereditaria,pro parte hereditatis legatæ,ipſo iure,ſed tantùm remedio ſtipulationum partis & pro parte. Alioqui cur inductæ eſſent & inuentæ à Iuriſconſultis? Hæc eſt euidens ratio, cur legatarius ſemper dicatur,nunquam heres. Eoque fit, vt ſi rogatus fuerit reſtituere partem hereditatis,non tranſeant actiones ex Senatuſc. quod tamen fieri ſolet herede reſtituente,d.l. mulier. 22.§.vltim. D.ad Trebell. Puto igitur
meras

meras legatorum actiones ad consequendum legatū habere, meramq; legati agnitionē necessariam fuisse, non autem hereditatis aditionem, quæ solius heredis est. Vtatur autem remedio illarum stipulationum heres, si quid aliis debeatur. Nam siquid sibi defunctus debuit, deductionem eius habet, l. ab omnibus. 104. in fi. de leg. 1. Quod diximus, legatarium partiarium non adstringi oneribus hereditariis, ipso iure pro parte legata, sed vi stipulationum, controuersiam videtur facere d. l. cum filius. §. 1. de legat. 2. nisi eam de huiusmodi stipulationibus interpretemur, cùm Iureconsf. his verbis vtatur, *suscipiet, præstabuntur*, quæ facti sunt non iuris, aut vt nostri loquuntur, latæ sententiæ. Quæri potest, an Senatusc. Pegasianum in legatario partiario locum habuerit, id est, vtrum rogatus restituere legatarius quartam detrahat, & an cogi possit adire? Quod non puto, quia nulla lex Senatusconsulti sentētiam ad tale genus legati produxit. Sed & certum est, heredis gratia factum potius, quā legatariorum. Præterea, cogit Senat. adire & restituere, sed legatarius partiarius non adit, sed agnoscit. Et quod ad quartam attinet locum habeat potius regula l. lex Falcidia. §. nunquam. D. ad leg. Falcid. quinimo disertè statuitur in d. l. mulier. 22. §. fi. D. ad Treb. Quæro; vtrum lex Falcidia hanc legati speciem minuat? Et verò cur non? Nam si lex Falcidia de omnibus legatis detrahatur, hoc verò genus legati sit, non est dubitandum, quin ad ipsum pertineat. Quid verò si cui legatum factum sit, quod maximam partem hereditatis absorbeat, an is heres dicatur, necnō vicem institutionis exhibeat illud legatum, atque ex eo tanquam ab heredis institutione vires sumat testa-

mentum? Minime, arg. §. si quis vna. Instit. de fideic. hered. Heredem enim non quantitas facit, sed forma & qualitas in testamento seruata, arg. l. ex facto. 35. D. de hered. instit. & l. quoties. C. eod. denique portio hereditatis à re hereditaria distinguitur in l. Paulus respondit. D. ad Treb. Ex his omnibus, duas insignes legati huius partitionis, & fideicommissi vniuersalis, differentias colligimus. Fideicommissarij alligantur oneribus hereditariis, vi Senatusconsulti & ipso iure, at legatarius partiarius, remedio tantùm stipulationum partis & pro parte. In legato partitionis non est facienda bonorum mentio, d. l. si quis. 8. cum seq. de leg. 2. in fideicommisso vniuersali potest fieri, l. nam quod. 14. §. vlt. D. ad Trebel.

De antiquis legatorum & specialium fideicommissorum differentiis. CAP. V.

RESTAT de singularibus aut specialibus fideicommissis differenti, horum cum legatis differentias exequi, vt tandem ad peræquata vtrorumque iura perueniamus. Hi verò fuerunt notissimi termini ac limites, quibus ab antiquæ Iurisprudentiæ auctoribus discreti sunt. Fideicommissa à fide heredum ab initio pendebant, vt diximus, at legata non item, sed necessariò petebantur, lege 12. tab. cogente; indeque legata dicta. Hæc latinè tantùm, illa qualibet lingua fieri poterant, l. fideicommissa de legat. 3. Legata verbis directis, fideicommissa. precariis fiebant. Quinimo legata verba exigebant, fideicommissa etiam nutu fieri poterant, l. nutu. de legat. 3. Fideicōmissa per formulam aut ordinaria actione non petebantur, vt legata, sed cognitione magistratuum, vt ex

vt ex Vlpiano docuimus supra. Fideicommissi appellatio magis intestati causam respicit, vt probauimus in 2. diuis. legati vocabulum ad solum testamentum refertur in quo relinquitur. Videamus à quo, cui, & vbi vtraque fierent. A legatario legari non poterat, cùm in fideicōmissario aliud esset, vt præter Vlpian. ostendit Iustin. initio tit. de sing. reb. in princ. quinimo nec ab alio extra heredem. Ideoque filiofam. heredi instituto, vel seruo, neque à domino neque à patre rectè legabatur, cùm tamen fideicommitti posset. Sed & à legatario fideicommitti potest, l. Iulianus. 60. cum multis aliis. D. de leg. 2. Præterea, & ab herede heredis legari non poterat, indeque factum, vt post mortem heredis legari non posset, §. post mortem. Instit. de legat. at fideicommitti in vtroque casu poterat. Item fideicommissa dari possunt, quibus & legari, at non contrà. Nam fideicommissum Latino Iuniano dari poterat, legari nō poterat. Credo etiam quod dicitur in l. senatus. §. penult. de leg. 1. legatum in heredis voluntate poni non posse, aliter in fideicommisso obtinuisse, in quo sola voluntas attēditur. Legata nisi in testamentis fieri poterant, §. præterea. Instit. de fideic. hered. at fideicommissa in codicillis etiam nō confirmatis relinqui possunt, quia & ab intestato. Hinc fit, vt ne legata, quæ in tabulis carentibus heredis institutione scripta sunt, valeant vt legata, sed vt fideicommissa tātùm, quamuis heres palam nūcupatus sit, l. vlt. D. de iure codic. Hinc etiam eueniebat, vt ante heredis institutionem legari non posset, quoniam vis & potestas testamenti ab heredis institutione incipiebat, §. ante heredis. Instit. de legar. cùm tamen fideicommitti potuerit Vlpiano auctore.

Ex quibus stricta iuris obseruatio in legatis deprehéditur, quæ laxior & benignior erat in fideicommissis. Et cùm quatuor olim essent genera legatorum, de quibus Vlpianus, vni tantùm illorũ generi, quod per damnationem fiebat, magis accedebat fideicommissum, quod quidem Vlpian. optimum legati genus esse dixit. Nam res omnes per fideicommissum relinqui posse dixit, quæ per damnationem poterant. Optimum ergo relinquendi genus fideicommissum est, cùm optima legati species, & quæ ceteris erat minus scrupulosa, ei comparetur, vt non mirum sit, si hodie legata fere omnia in fideicommissorum naturam transierint, & quod in illis optimum, in his tandem conuersum fuerit. Non ignobilis prætere a legatorum & fideicommissorum differentia in dominio adquirendo & dominij actionibus exercendis deprehenditur, quàm occasione data ante cómemoraui. Nam nec statim, aut recta via, dominium quærebat agnitione fideicommissarius, vt in legato iuris erat, l. à Titio. D. de furt. l. legatum. 8. de leg. 2. nec continuò etiam vindicatione agebat. Circuitus enim hic seruabatur, si non in omnibus, saltem quibusdam legatorum generibus, itemque fideicommissis omnibus singularibus, vt scrupulosis quibusdam ambagibus missio in rem celebraretur, quam meritò Iustinianus aboleuit, l. 1. C. com. de legat. Fuit & alia legatorum ac fideicommissorum differentia. Quamuis enim incertis personis legari ante Iustinianum non posset, §. incertis. Inst. de leg. quibusdam tamen ex iis etiam hereditas per fideicommissum relinqui poterat, puta municipibus, Vlpian. qui hered. instit. poss. Postumo item alieno inutiliter antea legabatur, d. §. incertis.

non

non item fideicommittebatur, siue singulare, siue vniuersale esset fideicommissum, l. 5. in fin. D. de rebus dub. Nam si à fratris postumo fideicommissum dari poterat, si ex Galli sententia obtinuerit, alienos postumos quoque nobis legitimos heredes fieri, l.penul.D.de leg.1.ergo & fideicommissum relinqui poterat. Sola enim voluntas, vt ait ibi Iurec.in fideicommissis seruatur. Eò fit, vt Iustinianus in d.§. incertis.de legato tātùm non de fideicommisso verba fecerit, solius etiam postumi alieni meminerit, id est, eius qui natus tempore testamenti inter suos testatori futurus non esset, cùm eum videlicet præcederet pater. Suis enim postumis manifestè poterat ante legari, quia tanta incertitudo in suo non erat quàm in alieno. Certum est enim suum postumū quādocumque nasceretur, suum testatori heredem futurum. De postumo alieno idem dici non potest, quem forte pater præcedet. Putarem igitur omnes leges, quæ de legatis postumis relictis loquuntur, ad suum postumum restringendas esse, non ad alienum. Hinc enim ante Iustinianum legari non poterat, d.§.incertis.quamuis vt dixi fideicommitti posset, quæ est manifesta legati & fideicommissi differentia. Nuper tamen exortus est vir doctus, qui nondum in rebus humanis existentes ad legatum aut fideicommissum vocari potuisse negauit, & vt nostri loquuntur, in dispositione esse. Is est Nicolaus Valla fori Parisiensis splendidissimus Senator, lib.de rebus dub.c.4. Quasi verò hæ personæ incertæ essent, & eis aptari posset regula §.incertis.quod quam verum sit videamus. In dispositione autem non esse seu non vocari, nihil aliud est, quàm hereditario, aut legati, aut fideicom-

missi iure nihil capere posse. Hæ sunt enim præcipuæ morientium dispositiones. De hereditate quidem & legato, si ius vetus spectes, minus dubitauerim, quia incertis fere personis adnumerantur nondum nati. Certum autem debet esse consilium testantis, d. §. incertis. Vlpian. tit. qui hered. instit. poss. Quamuis autem Gallus Aquilius postumis nepotibus, qui sui non essent, prouiderit & quomodo institui possent ostenderit, l. Gallus. in princ. D. de lib. & post. in aliis tamē postumis nihil noui iuris introduxit. Sui quidem postumi, siue nepotes essent, siue filij, ante Gallum institui meo iudicio poterant propter eam quam supra dixi rationem. Cuius intuitu credo tandiu ab intestato locum olim agnatis non fuisse, quamdiu suus heres ex prægnante vxore speraretur, Vlpian. tit. de legit. hered. At verò nepotes postumi adhuc alieni institui tantùm ex cautione & consilio Galli poterāt, ante non item. Qui tamen de aliis postumis alienis nihil constituit, & prouisionē suam ad postumos nepotes restrinxit, vt extra nepotes postumos alienos iure institui non potuerint. Postea tamen ex sententia Galli receptum, vt & his fideicommissa relinqui possent, id est, vt ab intestato aut ex testamento fideicommissum eis restitui posset. Quod cùm eueniret, legitimi heredes dicebantur, quia Senatusc. Trebelliano loco heredum, siue tanquam heredes, fiebant, adeo vt petitio hereditatis fideicommissaria eis daretur, l. 1. & toto tit. de fideic. hered. pet. Itaque, cùm ait Iurec. in l. 3. in fi. D. de hered. pet. nouo iure fieri heredes ex Senatusconsultis, ex constitutionibus, exemplum hereditatis delatæ ex Senatusc. poterit dari in herede Trebelliano. Cumque omnes hi, qui-

bus

bus vel Senatusconsulta vel constitutiones hereditatem deferunt, vocentur legitimi heredes, meritò etiã interpretabimur de huiusmodi legitimis l. penult. de legat. 1. dum ait obtinuisse Galli sententiam alienos postumos nobis legitimos heredes fieri posse, quod proculdubio de fideicommissaria hereditatis restitutione, quæ ex Trebelliano fit, intelligendnm est. Ex quibus manifestè cõtra noui auctoris sententiam, & à postumo & postumo fideicõmissum nõ tantum singulare sed etiã vniuersale relinqui posse colligimus, siue suus sit, siue alienus. Pari ratione existimo Iurec. in l. substitui. 16. D. de vulg. de substitutione obliqua & restitutione fideicommissaria esse intelligendum. Nam directo substitutionum generi nemo eius legis verba rectè applicauerit. Solet enim substitutionis verbum eò etiam passim detorqueri, vt suis locis ostendimus, & clarè probat l. cum pater. §. penult. de legat. 2. Ex his igitur constat, etiam nondum natum ad fideicommissum qualecunque vocari ante Iustinianum potuisse, & saltem eo nomine in dispositione esse. Huius rei præbet argumentum l. omnia. aliàs cùm ita. in fi. de leg. 2. Vbi familiæ fideicommissariæ appellatione vocantur quidem, qui ex nomine defuncti fuerant eo tantùm tempore, quo testator moreretur, *nisi*, inquit Iurec. *specialiter defunctus ad ulteriores uoluntatem suam extenderit*. Adiuuat l. peto. §. fratre. D. eod. quę fideicommissum familiæ relictũ propter voluntatem porrigit vltra eos, qui in rebus humanis erant, & nondum natos vocat. Nil verò clarius Scæuolæ responso in l. codicillis. D. de ann. legat. Nam cùm ait, *pertinere uoluit ad filios libertorum uel ex his natos*, cui dubium est, quin ex iudicio & dispositione

tione vocentur.quo etiam genere veniunt liberi non nati in l.cùm pater. §.penult.de leg.2. in qua vt mònuimus, substitutionis verbum ad fideicõmissariam trahendum est.Vrget fortius l.si ita. 9. de legat. 3. in qua fideicõmisso sic relicto, *ad quemcumque, quoquo iure bona mea peruenerint*, eius qui postea natus erit fideicommissum videri respondit Iurec.cum tamen incerta persona onerata esset.Similiter post codicillos factos natus proximus agnatus,vel suus heres,rogatus intelligitur qui fideicommissum præstet l. 3. in princ. D.de iure cod.Incongruum enim videtur ab incertà persona fideicommissum relinqui posse,incertæ personæ relinqui non posse.Ergo satis est, dum fideicõmissi die cedente sit in rebus humanis, qui vocatus est l. interuenit.D.de leg.præst.d.l.cum pater. §. heredem.de leg.2.arg.l.eum qui.D.de cond.& dem.Id verò fit in puris quidem à die mortis, in conditionalibus ab euentu conditionis,vulg.l.vn. C. de cad. toll. Hæc autem iure veteri obtinebant,vt ex responsis I C.à nobis adductis patet.At verò post constitutionem Iust. de incertis personis,cuius mentio in §. postumo quoque. Inst. de leg.male dubitauit Valla, an nondũ natus ad legatum aut fideicõmissum vocatur cũ illa cõstitutione permissum fuerit legatũ cuiq; incertæ personæ relinquere. Quod ius & ad heredis institutionẽ produxerat Iust.vt manifestũ est, quàuis desit cõstitutio ex ipsis Imp. verbis in d.§.postumo. Inuenio & hanc legati ac fideicõmissi differẽtiam,vt si res aliena,cuius cõmercium nõ esset,nec à legatario possideri posset, puta res publici iuris,legaretur, ne quidẽ æstimatio deberetur.Secus si fideicõmisso relicta esset,l.cum seruus.39.§.vlt.cum l.seq.de legatis 1.

De

De exaequatione legatorum & fideicommissorum singularium. CAP. VI.

PORRO hæ legatorum ac fideicommissorum differentiæ cùm in iudiciis vigerent, non desinebat tamen eorum ius in diuersis partibus iuris æquari. Nam siue leges iuris nostri memorabiles spectemus, in l. Iulia Papia paria erant eorum iura, l. & fideicommissum. de legat. 3. quæ sumpta est lib. 4. Pauli ad eas leges. Item in lege Aelia Sentia, vt legatarij sic & fideicommissarij creditorum appellatione veniebant, l. in fraudem. 27. D. qui & à quibus man. ac præterea in lege Falcidia, idque tam in fideicommissis testamentariis, quàm Senatusc. Pegas. factum est, §. sed quia. vers. ex singulis quoque. Instit. de fid. hered. quàm ab intestato relictis, quod D. Pij constitutione effectum dicitur, l. filiusfam. 17. D. ad leg. Falcidiam. Sin autem Senatusconsulta excutiamus, peræquatio hæc manifesta erit. Nam Senatusc. circa l. Cor. factum, quo tenetur qui sibi adscribit in testamento, perinde legatum ac fideicommissum complectitur, l. 1. §. ad testamenta. D. ad leg. Corn. de fals. nec tantùm tenetur qui adscribit, sed etiam qui adimit relictum alteri fideicommissum, l. impuberem. §. adimendo. D. eodem. Similiter Senatusc. de legato eorum, quæ sunt ędibus iuncta, pertinet etiam ad fideicómissum, arg. l. siue sciuit. 42. de legat. 1. quæ ex lib. 2. Vlpian. fideicommissorum sumpta est. Porro in edictis Prætorum maior adhuc eorum consonantia cernitur, quò scilicet plura sunt edicta quæ legata respiciunt, quàm leges, aut Senatusconsulta. Itaque adæquantur, verbi gratia, in edicto Prætoris de conditione iurisiurandi

remissa:

remissa.l.8.§. 1. D. de condit. instit. in edicto si quis omissa causa testamenti,l.licet.l.si non solus.§.1.l.de libertatibus. D. eod.in edicto de legat. præst. contra tab.&c.l.1.l.5.§.sed etsi D.eod.in edicto vt legatorũ nom.caueat.l.1.§.idemque.l.hæc stipulatio.D.eod.in edicto vt in possess.legat.l.5.§.constitutio.D.eod.in illa insuper prætoria stipulatione, de qua in tit.si cui plus quàm per leg.Falcid.l.1.§.1.in fi.D. eod. Quid, quòd & ad interdicta etiam hoc ius porrectum est, puta in interdicto quor.legat.l.1.D.eod.itemque in interdicto ne vis fiat ei qui in poss. miss.l.1.in fi.l. 3. in princ.D.eod.De responsis prudentum quid dicã? ex quibus cùm fuerint conflati permulti ad legata & fideicõmissa pertinentes tractatus, tam frequens in iis occurrit exæquatio,vt supra numerum esse videatur. Eoque tandem descenderunt,vt legatum pro fideicommisso, l.sæpe. 16. de leg.3.& legatarium pro fideicommissario non semel adsumerent, l. Lucius. 22.l.si ita relictum.43.§. 1. de leg.2. sed per fideicõmissum adquisita non secus reputant, quàm si legati iure quęsita essent,l.si quis.29.D.de vsufr.legat.Nec facilè quiuis enumeret quoties à legato ad fideicommissum argumenta ducant, qui locus hodie inutilis videtur ex his quæ infra subiiciam.Plenæ sunt etiam huius adæquati iuris principum cõstitutiones. Nam exempli gratia,constitutio D.Pij circa edictum Carbonianum facta vtrumque complectitur,l.3.in prin. D.de Carbon.ed.sicut & constitutio Seueri de repetione legatorum,l.licet.74.de leg.1.l.si Titio.61.§.1.l. cum pater.§.cum pater.in fi.& §.ab instituto.de leg. 2.In litteris Antonini eadem fit peræquatio, l. cum possessor.§.1.D.de censibus in aliis denique constitutionibus,

tutionibus,l.plane.34.§.sed si non corpus.de leg.1.l. 5.§. Imperator. D. vt in poss.leg. Quibus omnibus tanquã variis in iuris partibus, nemo rectè discreuerit testamentaria fideicommissa ab iis,quæ ab intestato deferuntur,cùm tam in lege Falcidia, vt dixi, quã aliis iuris partibus æquentur legatis,arg.l.etiam. in fi.D.vt legat.nom.cau.Sane vno casu, ab intestato fideicommissa relicta legatis ac fideicommissis testamentariis subiiciuntur, potiorque est horum ratio. l. 6.in princip.& §.1.D.si quis om.cau.testam. Et verò fideicommissa testamentaria legatis ita exæquabantur,vt ab intestato debitis potiora fuerint. Nam illorum nomine personalis ex testamento actio etiam veteri iure dabatur, vt superius probauimus, horum contemplatione non item. Quinimo nec post Iustiniani peræquationem hanc actionem eorum nomine competere probaui in 2. diuisione ante collocata. At superuenit tandem Imp.Constantini constitutio, quæ in legatis & fideicõmissis verborum differẽtiam substulit, manentibus nihilominus antiquis eorum limitibus ac differentiis,l.in legatis.C.de leg. Cuius constitutionis illa verba, *quis talem uoluntatem casus exceperit*, meo iudicio certa & directa seu imperatiua verba respiciunt,quibus legata olim fiebant. Illa autem, *quis loquendi usus exceperit*, ostendunt exinde, qualibet lingua legata non secus ac fideicommissa fieri potuisse,vt ex eo manifestum sit post Constantinum & ante Theodosij iunioris constitutionem l. hac consultissima. C.de testamen.legatum græcè aut qualibet lingua relictum fuisse, contra quàm docti viri suspicentur. Sed & hæc Constantini constitutio lites peperit potius,quàm extinxit. Semel enim data licentia

licentia quouis modo legādi,creuit litium seges quæ ex verborum varietate naſcitur, trahētibus huc illuc partibus defunctorū verba, & ad legatum aut fideicommiſſum referentibus, quorum adhuc vigebat natura diuerſitatis,necdum erant eruti termini fineſque, qui ea diſtinguebant. Cui tandem malo & incommodo ſubuenit Iuſtinianus duabus ſuis conſtitutionibus, quibus in vnam conſonantiam legata & fideicommiſſa reduxit, ſublatis & penitus exciſis differētiis,quibus tam in forma quàm iure & effectu actionum diſtinguebantur,l.1.& 2. C. com.de legat. Nam l.1.non tantùm communionem legatorum ac fideicommiſſorum induxit,ſed & legatorum inter ſe varietates expunxit,ac præterea miſsionis in rem veteres circuitus amputauit. Secūda autem conſtitutio renouat quidem ſublatam lege Conſtantini verborū obſeruantiā,eo tamen incelebrato. Addit verò quod adhuc deeſſe videbatur, & paria prorſus legatorum ac fideicommiſſorum iura quinimo eandem vim & naturam vtriſque conſtituit, ſic vt hodie legatum à fideicommiſſo verborum tantùm ſono diſtinguatur, quomodo ſcilicet pignus ab hypotheca, cum ſimilibus aliis. Quod etſi primùm à Iuſtiniano factum fuerit,nemini tamen mirum videri debet, ſi Vlpian. ad edictum ſcribens regulariter ſtatuerit, per omnia exæquata eſſe legata fideicommiſsis.Satis enim abūdeque oſtendimus, in quàm multis ac variis iuris partibus peræquatio eorum à veteribus recepta fuerit. Et quamuis poſt Vlpian. in multis inuicem differrent,procedit tamen rectè regulæ conceptio, quæ etſi variis exceptionibus ac reſtrictionibus arctetur, non eſt eò magis culpanda, cùm in caſibus non exceptis

ceptis

ceptis cōfirmetur, vt notant omnes in l. 1. D. de diuerſ.reg.iur. Non dicam igitur cū Duareno Triboniani aut Imper. non Iurec. verba eſſe in l. 1. de leg. 1. Non dicam etiam regulam ad interdictum quod legat. tantùm pertinere, quamuis fatendum ſit occaſione eius interdicti regulam ita generalem concepiſſe Vlpianum. Nam ſi ad interdictum illud tantùm pertineret, non vteretur Iurec. hac generali verborū formula, *per omnia*, quibus aut ſimilibus ſolemne eſt Iureconſultis regulas generales concipere. Dicunt enim, *ſemper, in totum, in omnibus, generaliter, quotiēs, totiens, in toto iure &c.* Quinimo ſolét interdū duas generales voces in regula concipiēda ex abūdanti iungere, vt cùm dicunt: *generaliter quotiens, in perpetuum quotiens, in totum omnia*, l. in perpetuum. D. de ſolut. & liberat. l. in totum omnia. D. de reg. iur. Nec tamen hæc conceptio exceptiones, aut reſtrictiones ſolet excludere, non magis ſane quàm ſi ſcripſiſſet Iurec. in d. l. *r. per omnia & in omnibus*. Nā & regula concepta in l. 1. D. ſol. matr, *ſemper & ubique*, non excludit caſus certos quibus dotium cauſa non eſt præcipua. Quia igitur peræquatio legatorum tempore Vlpiani in variis iuris partibus differentias eorū exuperabat, ideo ad regulam de ea concipiendam deſcendit, quæ meritò inter diuerſas iuris ciuilis regulas proprium uſu m occupantes referri poſſit.

Quarta diuiſio, fideicommiſſorum, alia eſſe pecuniæ, alia libertatis. Item, quomodo differant aut conueniant.

CAP. VII.

QVARTA fideicommissorum diuisio à re ipsa sumitur, vt fideicommissum aliud sit pecuniæ, aliud libertatis, quæ duo distingui clarum est in l. generaliter. in princ. l. Paulus respondit. 39. l. cum verò. §. apparet. D. de fid. lib. l. si quis seruo. 84. de leg. 2. l. 2. C. de iis quæ sub modo. Pecuniæ enim appellatione generaliter pro re subiecta vtuntur nostri in l. pecuniæ. D. de verb. sign. l. 2. D. si cert. pet. hic autem omnes res per fideicommissum relictas intelligimus extra libertatem. Nec sane fuit omittenda hæc diuisio, propter singularia fideicómissariæ libertatis iura discreta à pecuniariis. Ideoque veteres IC. qui de fideicommissis libros scripserunt, in iisdem etiam de fideicómissariis libertatibus disseruerunt, Mæcianus quidem lib. 15. & 16. Pompon. lib. 3. Vlp. 5. Paulus. 3. quorum partim scripturæ extant congestæ in tit. D. de fid. lib. Dicamus igitur paucis de vtriusque fideicómissi differentia, itemque de directis ac fideicommissariis libertatibus, quorum licet in plerisque paria sint iura, in nonnullis tamen discrepant. In eo quidem conueniũt, quòd qui fideicommissum pecuniarium iure relinquit, fideicommissariam etiã libertatem potest adscribere, l. generaliter. in prin. D. de fid. lib. in vtrisque nouissima conditio & scriptura spectãda est, l. quod traditum. 87. cum seq. l. fideicommissum. 90. D. de cond. & dem. in vtrisque ex re semper mora fit minori 25. ann. l. cùm verò. §. apparet. D. de fid. lib. Sed in longè pluribus diuersa sunt eorum iura. Nam à fideicommissario pecunię potest relinqui fideicommissum, ab eo autem cui fideicommissaria libertas sola relicta est, non potest, l. plane. 90. in fin. de leg. 1. quia onus honori commensurari debet, l.

Imperator.

Imperator.de leg.2.Libertas autem inæstimabilis est. Quinimo nec vice operarum aliquid rogari possunt, harum-ve nomine illis imponi debet, l. videndum. 91.D.eo. quod iuri publico & commmuni adscribit Iureconf.in l.cerdonem.D.de oper.lib.Quamquam si manumissus iurauerit operas, aliud statuendum sit, l.seruum, 36. D. de man. test. Imputet enim sibi qui quod non debuit iurauit. Nostri autem specie cōditionis libertatem esse relinquendam statuunt, vt tunc non aliter præstetur libertas, quàm si conditioni satisfactum sit, l.statuliberos.D.de statulib.Durantes tit.de leg.caut. 21. Secundò differunt, quia si alieno seruo vt suo fideicommissariam libertatem testator relinquat, cogitur heres seruum redimere & libertatem præstare, d.l.Paulus.in princ.D.de fid.lib.contra quàm sit in fideicommisso pecuniæ, §. non solùm. Instit. de legat. Quinimo si nolit dominus vendere seruum, non propterea perit fideicōmissum, quia possit procedente tempore vbicumque occasio redimēdi fuerit, libertas præstari, l.deberi.C. de fid.lib. Tertiò fideicommissa libertas à filio post certam ætatem eius data, si ad eam puer non peruenit, ab herede filij præstituta die redditur, quod ius ad cetera fideicommissa non porrigitur, l.fideicōmissaria.23. D.eodem. quāquam & in directa libertate idem iuris sit quod in fideicommissaria, l. si ita scriptum.D.de man.test. Quartò differunt, quòd pœnæ tacitorum fideicommissorum, de quibus in l. eum qui.in princ.D.de his quibus vt indig.l.cum quidam.§.in tacito.D.de vsur. l.beneficio.D.ad leg.Falcid.ad fideicommissarias libertates non porriguntur, l. Imperator.12.in fi.D.de fid.lib.Quintò de fideicōmissaria libertate præstāda

seruus cum domino rectè contendit, l. de libertate. D. de fid. lib. secus de fideicommisso pecuniario, in quo nullum ius habet seruus, sed statim adquiritur domino. Sextò per legem Falcidiam minuitur fideicommissum pecuniæ, non item libertatis, l. Papin. §. quarta. D. de inoffic. Septimò, euerso testamento per querelam legata pecuniaria quamuis ante soluta repetuntur, libertates nō omnimodo, siue directæ, siue fideicommissariæ sint, sed cum distinctione d. l. Pap. §. vlt. cum l. seq. D. eod. Quod si falsi pronuntiati sint codicilli, sequemur ius introductum, l. 2. C. de fid. lib. l. cùm ex falsis. D. de manum. testam. Octauò, fideicommissum libertatis sub hac conditione, *si Titio qui non est heres decem dederit*, præstabitur tamen, etiā si fideicōmissi die cedente desierit esse Titius, in cuius persona debeat impleri conditio: secus in pecuniario. l. cùm ita. 94. D. de cond. & dem. Nonò & postremò, libertas fideicōmissaria certiora amplioraq; multò habet remedia quàm fideicommissum pecuniæ, propter enixum libertatis fauorem. Hinc tot in vtroque D. & C. tit. Senatusc. & constitutiones, quibus prospicitur ne intercidat, ne corrumpatur, ne-ve vllum detrimentum patiatur libertas fideicommissaria, vt ex illorū titulorum lectione satis est apertū.

De differentiis libertatum directarum & fideicommissariarum. CAP. VIII.

DICAM ex ordine, in quibus à directis hæ fideicōmissariæ libertates differant. Nam quāuis in omnibus fere causis, fideicommissarias libertates pro directis habendas responderit Iurec. l. Iulianus. 40. D. de manum. test. sunt tamen notissimi limites &

& termini inter vtrasque. Directæ pendent ex verbis, fideicommissarias tuetur mens relinquentis, l. generaliter. §. si petitum. D. de fid. lib. libertas fideicômissaria petitur, directa non item, l. sed etsi. 50. D. eod. quia ipso iure competit, & continuò liber est, cui relicta est, l. inuitus. 34. in fi. D. eod. Hæc ratio est, cur illa duo distinguantur in d. l. Papin. in fi. D. de inoff. *libertates non esse reuocandas quæ competierunt uel præstitæ sunt.* Nam competendi verbum magis directam, præstandi fideicommissariam respicit, l. cum duobus. C. de inoff. testam. Directo manumissus Orcinus dicitur libertus, non manumittentis, l. 4. §. hi qui. D. de fid. lib. ideoque Orcini separantur à suis, l. 8. C. de iur. & fac. igno. At verò qui fideicommissariam libertatẽ consequuntur, stricto iure fiunt eorum liberti, à quibus manumittuntur, l. hi quibus. C. de fid. lib. quamquam & ij à propriis, id est, quos nulla necessitate cogente manumisi sunt, separentur, l. si quis hac lege. D. de oper. lib. Sunt tamen adhuc in familia defuncti, & de eius nomine censentur, quò ad ius relicti capiendi, l. cum pater. §. fidei heredum. de legat. 2. vbi Papin. ad ius voluntatis confugit potius, qu m meram voluntatem sequatur. Non igitur mirum videri debet, si in l. Lucius. 88. §. Lucius. de legat. 2. suos appellat libertos testator, tam quos manumisit, quàm quibus precariam libertatem reliquit. Denique directa libertas actum manumissionis non requirit, cũ ex ipso testamento competat, secus est in fideicommissaria, l. seruus. C. de fid. lib. Quamobrem hic libertus interim liber non est, sed propter destinatam libertatem quasi liber, & statuliberi loco habetur, l. nõ tantùm. 51. §. cui per fideicommissum. D. de fid. lib.

Testamentarius libertus statim est in possessione libertatis, fideicommissarius verò esse videtur, l. cùm verò. in princ. D. eod. Differunt præterea, quòd quemadmodum vt iam monui in pecuniariis fideicommissis & precariis libertatibus nouissimam cõditionem scripturamque spectemus, in directis tamẽ leuissimam attendamus, d.l.quod traditum.cum seq. D.de cond.& demonst.L.5.D.de man. test.Leuissimã autem intelligimus, quæ ipsi seruo commodior sit, d. l.quod traditum.cum seq.vel quæ ad libertatem perducit, quamuis natura grauior, l.leuissima. 35. D.de condit.& demonst. Item manumissus ab alio quàm rogato non statim fit libertus eius, sed auxilio constitutionum potest eligere quem velit patronum, l. generaliter.§.quoties.l.inuitus.D.de fid.lib.At Orcinus libertus necessarium habet patronum non arbitrarium, ipsum videlicet defunctum. Excipe tamen ratione fideicommissariæ libertatis casum singularẽ, l.si heres. D. eod. Demum testamento data libertate à minore 20.ann.ideo non valet ex lege Aelia Sentia, quia lex velit vindicta non testamento dari, §.eadem. Instit. quibus ex caus. man. non lic.aliud est in fideicommissaria, si postea causa probari possit, l. 4.§.item si minor.D.de fid.lib.Non enim refert, causam probauerit testator necne, quod non exigit lex Aelia Sentia, dummodo si viuus manumitteret, eam probare potuit.Sed onus heredi, à quo fideicommissaria libertas data est, incumbet, l.minor.C.de fideic. lib.& l.20.D.de manum. Itaque manumittetur ab eo seruus vindicta ex præscripto legis, quemadmodum si minor 20.ann.rogatus esset manumittere, l.si rogatus.in princ.D.de man.vind. quæ secundum titulum

tulum intelligenda est,& ita emendanda, vt pro 25. legatur, 20. Quod ius etiam in milite minore 20. ann. locum habet, quem contra legem Aeliam Sentiam directam libertatem non posse relinquere certi iuris est, sed tantùm fideicommissariam, l. 3. D. de man. test. l. si à milite. D. de milit. testam. l. si Rufinus. C. de test. mil. quæ de fideicommissaria libertate militari testamento relicta intelligenda est vt verissimè Ioãnes contra Pylium sentit. Hæc enim libertas iusta etiam rectè appellatur, l. 2. C. de fid. lib. Nec obstat, quod cõpetere dicatur. Nam etsi dixerim propriè hoc verbum directas respicere, tamen & fideicommissariis accommodatur sæpissimè, toto tit. de fid. Quæro, an si directa fuerit à minore 25. ann relicta, non fideicommissaria, in hanc tamen flectatur? Quod puto fauore libertatis, argu. d. l. generaliter. §. si quis seruo. Dixi vindicta esse seruum ex fideicommisso manumittendum, quod hunc solum apud consilium manumittendi modum lex Aelia definiuerit, d. §. eadem lege. Instit. quibus ex caus. man. non lic. argu. tit. D. & C. de man. vind. In codice quidẽ etiam sic concipitur, *De uind & apud consil. manumiss*. Et cùm Iureconsulti de minore 20. annis loquuntur, dicunt apud consilium manumitti, adhibito consilio manumittere, l. 1. C. de vind. & apud cons. man. l. 6. 15. §. vlt. l. pr. de man. testam. Si in consilio, ergo apud Consulem, Prætorem, Præsidem, qui consiliandi ius habent. Vindicta autem vnicus modus est dandæ libertatis apud magistratum, Vlpia. tit. 2. Hinc poeta, *uindicta postquã meus à Prætore recessi*. Atque Imperator vindictæ impositione iustam libertatem muniri, l. 2. C. si aduers. lib. Et proinde, vt difficilius tollitur sic reuocata dif-

ficilius iterum conceditur,l.2.C.de libert. & eor.lib. Clarum est igitur, legem Aeliam Sentiam modum manumittendi non minus quàm Fusiam constituisse, & de vtrisque intelligendum Sueton. cùm ait c.40. Augustum modum manumittendi terminasse, quod tam ad numerum quàm formam referri potest. Numerum arctauit lex Furia,formam pręscripsit lex Aelia Sentia. Adnotandum tamen hanc libertatis directæ ac precariæ differentiam ex eo videri inutilem, quòd possit minor 20.ann.dum 14.impleuerit in testamento manumittere,ergo efficaciter vtramque libertatem relinquere,Nou.119. Est & alia inter vtrasque differentia, in l.si autem.9. D. de inoffic.testam. Quinimo & diuersum precariæ libertatis ius ex eo colligas,quòd per fideic.manumissa & patrono nupta ab illo inuito poterat impune diuertere,cũ in aliis libertatibus secus esset.l. patrono. D. de diuort. Postremò,ex fideicommissi causa manumissus non potest ad exemplum aliorum à patrono vt ingratus accusari,cui debitum non gratuitam libertatem patronus ipse præstiterit,l.1.C.de libert.& eor.lib.

Quinta fideicommissorum diuisio, alia pura esse, alia sub conditione, alia in diem. Item de puris, & quando cedant.

CAP. IX.

EST & hæc maximi momẽti fideicommissorum diuisio à causis ipsis ducta vt fideicommissum aut purum sit, aut sub conditione aut in diem. Hæc enim vt obligationum causæ sunt, l. obligationum. in princ.D.de act.& obligat. Sic & fideicommissorum

rum. Purum etiam præſens dicitur,l.1.D. de condit. & demonſt. quod dicitur præſtari confeſtim, id eſt, ſine condit.l.vlt.in fi.D.de fid.lib.& in plenum, id eſt, ſine conditione, l. 11. D. de ſtatulib. Quia verò ex hac diſtinctione maximè ius tranſmiſsionis emergit,videndũ quomodo cedat in his omnibus ſpeciebus fideicõmiſſum. Cedere igitur eſt, incipere deberi pecuniam in l.cedere. D.de verbor.ſign.vbi cedere & venire ſeparantur. Cùm cedit dies, obligatio nata eſt. Cùm venit,actio ſeu perſequutio, ideoque & præſtatio. Eſt autem regula, *Omnia quæ teſtamentis ſine die uel conditione adſcribuntur, ex die aditæ hereditatis præſtantur*,l.omnia.32.in princip.de leg. 2 At verò in puris cedit fideicommiſſum ex die mortis,cùm olim ab apertis tabulis tantum,l.vnic.in princ.C. de cad. toll.Itaque exinde tranſmittitur legatũ etiamſi ignorat fideicommiſſum is qui deceſsit, l. vlt.C. quando dies leg.vel fid.ced.l.poſtulante.in prin.D.ad Treb. l. 3. C. de fideicommiſsis. augetque portionem patroni,vt in ſpecie l.liberto.26.D.de bonor.libert.fitque illa tranſmiſsio tacitè,id eſt, ipſo iure,l.ſi ita legatum.65.de legat.1.modo vtiliter cedat.Nam ſi ſubſit impedimentum iuris,aliud tenendum, arg.l.cum filius.§.ſeruus.de leg.2.Quod verò dixi,à die mortis cedere purum fideicommiſſum, non procedit in eo, cui libertas & fideicommiſſum purè relicta ſunt. Quia cùm libertas non niſi ab adita hereditate cedat etiam iure nouo,§.ſi peculium.Inſtit.de leg.d.l.cùm filius.§.ſeruus.d.l.vnic.§.libertatibus. C. de cad.toll. nec ante fideicõmiſſum cedet. *In huiuſmodi enim perſona*, inquit Iureconſ. *utriuſque quodammodo dies ceßit, & libertatis & pecuniæ, adeo ut putem ſi mora fiat præſtan=*

de libertati, etiam fideicommiſſo moram uideri factam, l. ſi quis ſeruo.84.de legat.2. Pura fideicommiſſa à puris contractibus differunt, quòd in his ſimul ceſsit & venit dies, d.l.cedere.D.de verb.ſign.fideicommiſſa verò aut legata cadunt à morte, veniunt ab adita hereditate. Nec ante poteſt peti fideicommiſſum, quàm delatum ſit. Defertur autem adita hereditate, l.1.§.decretalis. D. de ſucceſſ. edicto. Sed & purum variè cedit, pro varia fideicommiſſorum natura. Nam ſi vniuerſale ſit, ab adita hereditate cedet tantũ, exindeque tranſmittetur, l.quidã.25.in princ.D.ad Treb. Monui enim aliàs, quod ad ceſsionis diem, idem eſſe fideicommiſsi & hereditatis ius, quamquam effectus tranſmiſsionis diuerſus ſit. Nam hereditas adita trãſmittitur vt quæſita. At verò fideicommiſſum poſt aditionem non agnitum quantum ad ius deliberandi tranſmittitur tantùm. Quod & ſubobſcurè videtur ſentire Accurſius in l.cum filiofam. 11. de leg.1. qui tamen ſua ratione ea in parte à noſtris improbatur. At ſi fideicommiſſum ſit ſingulare, à die mortis ceſſio ac tranſmiſsio incipiet, l. vn.§.cum igitur. C. de cad.toll. Interpretes cum de fideicõmiſſo vniuerſali loquuntur, imperfectè ſcribunt ante reſtitutionem tranſmitti, arg.l.3. C.de fid. vbi id adnotant. Quod fatemur etiam, & probat l.poſtulante. in princ.D.ad Trebell. Sed exprimendum eſt aliquid certius, nempe à die hereditatis id fieri, d. l. quidam. quæ aliter intelligi non poteſt. Plura traduntur vulgo à Doctoribus in d.l.cum filiofam.11.de leg.2. ſed incerta, & plerumque falſa. Neque obſtat l.cogi.§.idem Mærianus.cuius illa verba, *ſiue alius in locũ eius ſucceſſerit*, poſt aditionem ſunt intelligenda, quod & facile admittet

ſpecies

ſpecies à Iureconſ.tractata, neque verba repugnant. Tranſmittitur autem etiam in heredem nondum natum eo tempore, quo fuerat delatum, l.ſi in perſonā. C.de fid.vbi malim, *delatum*, quàm, *datum*, legere. At non tranſmiſſum apud eum remanet, cuius fides electa fuerit, l.Iulianus.60.l.ſi quis Titio.17. de leg.1.l. pater.38.§.fideicommiſsit.de leg.3.

De fideicommiſsis in diem, quando cedant.
CAP. X.

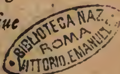
IN DIEM fideicommiſſa relicta non vnius ſunt generis. Nam aut ſub die certo, aut ſub incerto relinquuntur. Si dies certus ſit, cedunt eadem prorſus ratione qua pura ſeu præſentia ſolent, id eſt, à morte ſtatim.d.l.vnic.§.1.C.de cad.toll.l.Sempronius Attalus.D.de vſu & vſufr.legat. Obligatio enim præſens eſt, licet dilata ſit ſolutio, vt de ſtipulationibus in diem ait Iurec.in l.centeſimis.46. D. de verb.oblig. Quia fere dies ponitur ad proroganda ea quæ ad præſens tempus relicta ſunt, l. ſi quis legata. 54. de cond.& demonſtrat. Quò fit vt debitor vſque adeo ſit, vt ante diem ſolutum fideicommiſſum repetere nō poſsit, l.in diē.10.D.de cond.indeb. Rectè enim ſolutū eſt quaſi ex præſenti obligatione, l.1.in princ. D.de cond.& demonſt. Obſtat tamen l.eum qui.41. circa fin.D.de verb.obligat.in qua per diei adiectionem Iurecōſultus ait præſenti die non deberi. Quod ſi ita eſt, male alibi præſens obligatio eſſe dicitur. Nam præſens non eſt, niſi præſenti die debeatur. Verius eſt igitur, vt in d. l.eum qui.deberi cū effectu intelligamus, pro ipſa petitione, & ſolutione, quam

in diem differri diximus. Nam & in ea lege, cùm de puris stipulationibus loquitur Iureconsultus ait ex his præsenti die pecuniam deberi, sic vt verbũ, *deberi*, ad exactionem etiam & solutionem referat, quia confestim peti ex ea obligatione potest. Quod dixi fideicommissa certi diei cedere, vt pura solēt à morte, obstat l. si in diem. 46. D. de condit. & demonstrat. vbi ab adita hereditate cedere videntur. Sed ibi cedere non est incipere deberi, verùm incipere diem, quo conditioni obtemperari possit, idque demonstrant finalia legis illius verba. Sed vt ante diem rectè solui possit fideicommissum, tenenda est distinctio, l. Iabolenus eum. D. de ann. legat. capientis videlicet, an heredis gratia tempus sit prorogatum: vt si propter capientis personam, quòd rem familiarem tueri non posset, eique perdituro ante diem fideicōmissi dederit heres nullo modo liberetur, si propter heredem, ipse heres etiam ante diem præstando liberetur. Hæc de die certo. Cedit autem longè aliter fideicōmissum, si dies incertus sit. Quia quemadmodũ dies incertus appellatur conditio l. talis scriptura. 30. de leg. 1. & dicitur conditionem facere l. 76. de cond. & demonst. sic ante diem euenientem non cedit fideicommissum, exemplo relicti conditionalis. Ideoque si ante diem incertum solutum sit, repeti ante diem poterit, quasi non rectè solutum, perinde ac si conditio adscripta fuisset, l. sub conditione. 16. D. de condict. indeb. in qua malim legere, *quòd item*, quàm vt habet editio Florentina, *quò autem*. Hinc etiam fit, vt si legatarius ante decesserit quàm dies eueniat, ad heredem eius nõ transeat, quia non cesset dies viuo eo d. l. 1. §. dies autem. D. de cond. & demõstratione.

Differen

Differentiæ ratio inter fideicommissa certi & incerti diei hæc est, quia ex illo certū est debitū iri, certumque est diem venturum, l. si post. 68. §. 1. de legat. 1. ex hoc non item. Potest enim non euenire dies incertus sicut & conditio. Incertus autem dies est etiam is, quem certum est euenturum, sed quādo, incertum. Nam etsi relictum fuerit, *cùm morietur*, dies est incertus, quamuis certum sit moriturum, d. §. dies autem. Certitudinem verò metimur non ex ipso euentu rei, sed diei certa designatione. Certæ porro & incertæ diei fideicommissa hoc commune habent, vt quāuis in cessione differant, in delatione tamē conueniant. Nam vt non defferuntur, nisi eueniente die, sic nec repudiantur, parique cum fideicommissis conditionalibus iure censentur, l. si ita. 45. §. 1. D. de legat. 2.

De conditionalibus fideicommissis, siue singularibus, siue vniuersalibus.



CAP. XI.

PORRO sequitur, vt de conditionalibus fideicommissis videamus, quorum tractatio rectè subiungitur disputationi diei incerti, cùm, vt ostendimus, incertus dies appelletur conditio, d. l. talis scriptura. semperque incerta sit conditio, id est, incertum sit quando sit euentura, inde conditionis incertū in l. 1. C. de pact. Et quēadmodum fideicōmissa diei certi pura & præsentia imitantur, sic etiā incerti diei, conditionalia æmulantur. Itaque non est conditio, si non possit non existere, l. heres meus. 79. D. de cond. & demonst. Ergo in iis fideicommissum à die conditionis cedet. d. l. vnic. §. sin autem sub conditione. C. de cad. toll. à quo tempore defertur etiam, l. si ita. 45. §. 1. de

§.1.de leg.2. Neque tamen ſimpliciter eſt intelligendum. Nam ſi conditio euenerit ante mortem teſtatoris, vertetur in purum fideicommiſſum, l. ſi iam. 11. D. de cond. & dem. nec ab euentu conditionis cedet. Quia cùm morte confirmetur teſtamentum, vt definitio teſtamenti oſtendit, conſequens eſt nullum legatum aut fideicommiſſum ante mortem tranſmitti. Eſſe autem quaſdam conditiones eius naturæ, vt viuo teſtatore impleri poſsint, perſpicuũ eſt ex l. 2.D. de cond. & dem. Quinimo eius generis quædam ſunt, quæ non niſi viuo eo impleri poſsint, l. conditionum.91.D. eod. Interim ergo dum pendet conditio, non tranſmittitur fideicommiſſum, arg.l. in cauſæ.16.D. de minorib. l. cum illud.D.quando dies leg.ced.l.ſi cui legetur.49.§.hoc autem. D.de leg.1. Ideoque reſpondit Sceuola, heredem conditioni parere non poſſe, l.à teſtatore.109. D.de condit. & dem. Remanet igitur apud eum, cuius fides electa eſt, licet heres non ſit, l.Iulian. 60.D.de leg. 2. Ante conditionem enim non debetur, l.legata. 41.D.de cond.& dem.ideoque à legatario detentum interim legatum heres cum fructibus vindicare poterit, l.omnia.§.1.de leg.2. Aliter in ſtipulationibus conditionalibus, in quibus tempus contractus attenditur, l.quæ legata.l.non omne.144.de reg.iur. l.ſi filiusfam.78.D.de verb.oblig. Ex præſenti enim vires accipit ſtipulatio, licet petitio in euentum conditionis dilata ſit, l.vſusfr.D.de ſtipulat.ſeruor. Quamobrem ſi cui ſub conditione legatum vel fideicommiſſum ſit, pendente conditione creditor non dicitur. Secus in conditionali ſtipulatione, l.is cui.42.D.de obligat.& act. Itaque fideicommiſſum

 conditionale

conditionale ante conditionis euentum solutum, ea deficiente repeti potest tamquam indebitum, l.seruo. 56. D. de cond. & dem. Quinimo & fideicommissum conditionale ante conditionem solutum, etiam ex voluntate fideicommissariorum non rectè soluitur in specie l.filiusfam.§.diui.1. de leg.1. Porro inter fideicommissum singula e sub conditione relictum, & vniuersale, hæc est differentia, quia illud quemadmodum & legatum ipso iure statim eueniente conditione cedet, maxime post Iustiniani constitutionem, quæ de communicatione legatorũ & fideicommissorum lata est. At fideicommissum vniuersale quamuis purificata conditione non transferetur ipso iure, sed restitutione facta, l.facta. in prin.& infr. dicam.D.ad Treb.

De fideicommissis sub modo, quid sit modus, & quid à conditione distet.

CAP. XII.

Est & alia causa fideicommissorum, quam Iureconsulti modum appellant distinctum à causa, die, & conditione. Quamquam aliquando modus abusiuè pro causa dicatur, quæ præteritum respicit, l.vltim.& ibi Accurs.D.de hered.instit. Est igitur modus, causa legandi seu fideicommittendi, moram habens cum sumptu. Causam loco generis posui, quia & inter causas refertur, l.eas causas. in prin.80.D. de condit. & dem. Moræ appellatio distinguit conditionem, à modo. Nam etsi vera omnis conditio sit mora, l.3.§.quotiens.D.si cui plus quam per leg.Falcid. tamen omnis mora non est conditio. Ideoque mora & conditio separari solent, l. 6. D. quando

quando dies leg. vel fid.ced.l.heres meus.78. in pr. D.de condit. & dem. Itemque mora separatâ causa simplici modum. Mora enim in futurum semper est, causa ex præterito descendit, Accurs.initio tit.D.de cond.& dem. At non mora nuda modum constituit, sed ea mora quæ sumptum habet. Mora enim, aut cum sumptu aut sine sumptu est, d.l.heres meus. in princ.& d.l.eas causas.l. Titio çentum. 71. in princ. D. de condit.& dem. Sumptum appello impensam, siue quod insumi ac præstari debet fideicommissi consequendi causa, siue vt emolumentum ad fideicommissarium non redeat. Nam si rediret, puta si ita relinquatur, *Titio centum, ita ut fundum emat, relinquo*, non est modus, d.l.Titio çentum.71.in princ.D.de cond. & dem. Sunt igitur hæ potius modi species, puta vt monumentum, vt opus faciat, vt epulum, vt partem alij præbeat, l. demonstratio.17.in fin. D. de cond.& dem.vt alicui ex liberis præstet,l.3.§.pen. D.de leg.prę∫t. Immeritò enim scriptura d.l.eas causas. Hactenus laborauit, dum pro his eius verbis genuinis, *moram cum sumptu*, alij legerunt modo, *moram consumptam*, modo, *moram coniunctam*. Quæ librorum corruptela temporibus Accursij videtur extitisse, vt ex eius interpretatione liquido patet, cùm Florentina omniú optima editio veritaté retinuerit. Siue igitur conceptionem & formam, siue naturam eorum spectemus, modus à conditione variè differt. Sic enim concipi solet, *Titio relinquo ut monumentum faciat*, vel, *ita ut*, quamquam & aliquando particula modalis, *ut*, desit.l.quibus diebus.40.§.vlt. D.de cód.& dem.& concipiatur aliis formulis, de quibus Bartol. in d.l. quibus diebus. At verò conditio per *si*, *cùm*, effertur,

vt

vt exempla sunt notissima, & de vtriusque significatione ac potestate loquitur Ureconsl.l.si Titio.22. D. quando dies legat.vel fid. ced. Naturæ autem diuersitas inter conditionem, & modum, ex eo dignoscitur, quòd modus semper habet moram coniunctam, d.l.eas causas.conditio non item, nempe si viuo testatore impleta fuerit, quo casu & purum fiet fideicommissum, vt diximus. Præterea modus sumptum requirit, d.l.eas causas. conditio plerumque eo caret, puta si nauis ex Asia venerit. Conditio tacitè aliquãdo inest, secus est in modo qui à verborum adiectione pendet. Conditio aliquando pura redditur, vt quum aliquid relinquitur heredi, si hereditatem adierit, l.aliquãdo.D.de cond.& demonst.modus autem nisi præstatione purus esse non potest. Denique cõditio protinus agentem repellit, vt nec ante conditionis euentum rectè quis agat, l.2.C.de his quæ sub modo. At qui ex modo venit, non statim repellitur, sed relictum consequitur oblata cautione, d. l. eas causas. in princ. quæ manifestam vtriusque differentiam continet, si recta eius scriptura seruetur. Nam in editionibus non paucis, inter quas est & Florentina, superuacuè inseritur negatio in illis verbis, *non pro conditionalibus*. Quã expungendã esse cùm iuris ratio tum Accursij suadet auctoritas, cuius tempore non fuisse constanter receptam ex eius interpretatione manifestum est. Cautio autem de qua diximus, nõ tam ex ipsius testamenti verbis, quàm ex iuris ciuilis est potestate. Ideoque etsi non fuerit expressum vt caueatur, nihilominus tamẽ satisdatio præstãda est, l.quibus diebus.40.§.vltim.D.de cond.& demonst. quæ nisi fuerit pręstita, denegabitur actio fideicom-

misſi, l. ſi tibi legatum. 19. de legat. 3. id eſt, doli mali exceptione, quæ peremptoria eſt repelletur fideicõmiſſarius, l. cum in teſtamento. 48. D. de fid. lib. Nihil enim aliud eſt denegare actionem, quàm doli mali, aut alia peremptoria, exceptione agentem repellere, vt aliàs fuſius docui. Tunc autem cautione opus eſt, cùm emolumentum & ſumptus ad alium redire debet quàm fideicommiſſarium. Nam ſi ad ipſum duntaxat, non cogetur cauere, puta ſi Titio centum, ita vt fundum emat, legata ſint, l. Titio centum. 71. in princ. D. de condit. & demonſt. Eſt & alius caſus in d. l. Titio centum. §. 2. quo ſatisdatio etiam neceſſaria non eſt, vt pote ſi quis centum Titio relinquat, vt à monumento ſuo non recedat, vel vt in alia ciuitate maneat. Per hunc enim modum quia libertatis ius infringitur, locus non erit cautioni. Ratio autem eius differentiæ qua diximus, ex cauſa conditionis protinus agentem repelli, ex cauſa modi non item, ex vi verborũ, quibus mens & voluntas defuncti manifeſtatur, colligi debet, vt præclarè Salycetus ſcriptum reliquit in l. 1. C. de his quæ ſub modo. num. 4. Nam qui conditionaliter loquitur, effectum ſuſpendit in euentum cõditionis, ideoq; ante peti nõ poteſt. Qui verò modalibus vtitur orationibus, vult quidem ſtatim relictum ſolui, dum certum ſit voluntati pariturum fideicommiſſarium. Certitudo autem cautionibus firmatur. Hunc enim modum fideicommiſſo feciſſe videtur, & legem hanc expreſsiſſe, vt ex re quam relinquit fiat quod iubet. Ergo res ipſa relicta, antequam præcepto pareatur, præſtanda eſt, dum tamen idoneè cautũ ſit ei cui emolumentum quæritur. Quid verò iuris erit, ſi diſertè voluerit teſtator, nõ ante præ-

ſtari

ſtari quod reliquit, quã modo adiecto ſatisfactũ ſit? Hoc caſu exiſtimandum eſt, non modum ſed conditionem eſſe, cuius natura ſub figura modi expreſſa ſit. Et ita ſentit Bartol. d. l. quibus diebus. §. vlt. nu. 6. D. de cond. & demonſt. arg. l. Thais. §. Stichus. D. de fid. lib. l. quæſitum. D. de cond. & demonſt. Conditionis enim hæc eſt natura, vt prius exiſtat quàm agi poſsit, d. l. eas cauſas. Cùm autem tam apertum ſit diſcrimen inter conditionem & modum, quid eſt quod dicat Imper. in d. l. 1. C. de his quæ ſub modo. modum pro cõditione obſeruari? Nempe quia multa habent ſimilia, ideoque & modus dicitur cõditio, d. l. Titio centum. §. 1. l. Mæuia. D. de man. teſt. l. liberto. §. Lucius. D. de ann. leg. Nam vt cõditio impoſsibilis pro non ſcripta eſt, l. multa. 6. D. de condit. & demonſt. idem & in modo dicendum, l. ſi fundum per fideicommiſſum. 92. §. 1. de legat. 1. cum ea tamen diſtinctione quam adfert Accurſius. l. vn. §. pro ſecũdo. in fine gloſę magnę. C. de cad. toll. Quinimo & modus ſi inciuilis ſit pro non adſcripto habetur, d. l. Titio centum. §. Titio centum. Quid quod, modus in effectu pro conditione ſit? Niſi enim impleatur, euaneſcit fideicommiſſum, perinde ac ſolet deficere conditio, arg. d. l. liberto. §. Lucius. D. de ann. leg. not. Salycet. d. l. 1. C. de his quæ ſub modo. Eſt & aliud ius vtrique commune. Nam is, cui emolumentum ex modo aut conditione quæritur, habet actiones tanquam ex fideicommiſſo ad illud conſequendum. Nempe ſi cui relictum ſit, *ita ut Titio centum præſtet*, aut, *ſi Titio centum præſtet*, centum petet Titius actionibus fideicommiſſariis, quas ei hodie permittit conſtitutio Gordiani in l. 2. C. de his quæ ſub modo. ſer-

uata tamen modi & conditionis differentia, ita vt si modus adiectus sit, statim centũ petere possit, sin adscripta conditio, eueniente cõditione. Ante Gordianum vt ex eius verbis patet nulla eo nomine competebat actio, remedio verò cautionum cõsulebatur ei, qui emolumentũ ex voluntate consequi debuerat, d.l. eas causas. d.l. si tibi locatum, aliisque. Quamquã testatores prouidi solebant expresse fideicommissariũ priuare relicto, nisi modo adscripto satisfecisset, d.l. liberto. §. Lucius. D. de ann. legat. Quòd si libertas sic relicta esset, cogebatur etiam non interueniente cautione is cui libertas data erat modum implere, non quidem iure cautionis & actionis ex ea nascentis, sed officio iudicis, l. libertas. §. 1. l. Mæuia. D. de man. test. Dixi supra tãquam ex fideicommisso petere eum, cui emolumentum ex modo aut conditione quæritur, id est, fideicommissi actionibus, quia voluntas, quæ fideicommissa sustinet, in iis attenditur d.l. cum in testamento. D. de fid. lib. cum similibus. Sed post Gordiani constitutionem, non tam necessariæ cautiones fuerunt, cùm præsertim iure actionũ quis emolumẽtum suum consequi posit, d.l. 2. Ex his clarissimũ est, Bartol. in l. qui decem. in fi. D. de cond. & demonstr. imperfectè recensuisse remedia quæ vel olim vel hodie post cõstitutionem Gordiani competunt, vt modus impleatur. Nam si actiones fideicõmissi eo nomine dentur, ergo non sola ex testamento, sed etiam realis & hypothecaria, quas pro fideicommissis cõpetere manifestũ est ex l. 1. C. com. de leg. Nec dubitarem, etiam condictionem ob causam cõpetere, arg. d. l. liberto. §. Lucius. Vbi vtilis repetitio eo casu datur, cùm tamẽ nulla interuenisset cautio, & l. si heres.

res.D. de cond.causa data. cau. non seq.Nam.de extraordinario remedio & iudicis officio non dubitamus propter d.l.libertas. §. 1. & l.Mæuia.D. de man. testam.Hoc amplius dico, actione præscriptis verbis posse agi vt modo satisfiat.Idque cùm tentarit Iurec. in non dissimili specie, l. his consequenter. §. idem quærit. D.fam.ercisc. nobis idẽ tẽtantibus nihil imputari potest. Quæ actio, vt recte ibi monet Accurs. ex quasi cõtractu inter defunctum & heredem gesto descendet, quasi sub certa lege institutus sit, argu. l.si filia.§.si pater.D.eod.In d.§.idem quærit.inter coheredes etiam familiæ erciscũdæ iudicium eo nomine datur. Quæro autem si quid vltra præscriptum fideicõmissarius, aut alius impenderit, repetere possit ab herede, aut alio, & qua actione? Respõdeo nullã eo nomine actionẽ competere, ne quidem negotiorum gestorum. Nam voluntas finem erogationis fecit aut certã quantitatẽ adiiciendo, aut certæ rei æstimationem relinquendo, l.liberto.§.libertos.D.de neg.gest.

De conditione, si sine liberis decesserit, & quando extet aut deficiat. CAP. XIII.

HANC porro diuisionem non antè omittam, quàm eius occasione de conditione, *si sine liberis*, & ei cognatis, atque adfinibus, dicam paucis, propter frequentem earum vsum, siue antiquorum, siue hodiernum spectemus. Tam freques enim fuit clausulæ *si sine liberis*, vsurpatio, vt his notis S. L. in veterum monumentis signata fuerit. Petrus Diaconus antiquus auctor in lib.de notis veterum. Græci vno verbo exprimunt. Nam illis sine liberis est ἄτεχνος.

Nostri felicitatem eorum æmulati vocabulum effor- marunt, *illiberis*, quo tamen solus Tertullianus vtitur 4.aduersus Marcioné his verbis,*nō aliàs hoc permittē- te, imo & præcipiente lege, quàm si frater illiberis decesse- rit.* Hæc autem conditio aut expressa est, aut tacita. Exprimitur auté vel hoc modo, *si sine liberis*, vel aliis ei æquipollentibus, puta, *si alieno herede moriaris*. Nam de liberis sensisse testatorem Diuus Pius rescripsit, l. ex facto.§.vlt.D.ad Treb. Tacita est vel quæ prorsus non exprimitur, vel cuius expresſio trahitur ad alios gradus, quibus non erat adscripta. Primi generis exemplum est in l.si vnquam.C.de reuoc.donat.quæ ad fideicommissa non pertinet. Item in l.cum auus. 102.D. de cond. & dem. Cuius legis dispositionem Iustin. adeo probauit, vt non semel eius meminerit eiusq; sentētiā ad naturales descēdentes produxerit, l.cum acutiſsimi. C. de fid.l.generaliter.C.de inst.& subst. Ad descēdentes enim tantū pertinere hanc iuris interpretationē, quinimo nec in puris fideicōmiſsis recipi verba illarum legum manifestant. Papinianus cōiecturam pietatis allegat, quam exprimens clarius Iustinianus d.l.cum acutiſsimi.*ne uideatur*, ait, *testator alienas succeſsiones propriis anteponere.* Secundi generis tacitarum exemplum est in l. heredes mei. 58. §.cum ita.D.ad Treb.vbi contra verba inducitur ex volun- tate. Nam cùm in vltimo gradu adiecta esset, ad pri- mum tamen refertur, & interpretatione contra ver- ba producitur. Hæc autem conditio aut extat, aut deficit. Extat, si liberi non sint superstites. Deficit herede ingrediente monasteriū, qui liberos nō habet, auth.nisi rogati.& ibi DD.C.ad Treb.aut clerico fa- cto auth.de sanct.episc.§.sed & hoc pręsēti.Dec.c.in

præsentia.

pręſentia.de probat. Deficit etiam,& excluditur ſubſtitutus,ſi patri ſuperuixerint liberi,etſi heredes non extiterint,l.filiusfam. 114.§.cũ erit. de leg.1.& ſi momento ei ſuperuixerint, l. ex facto. §. ſi quis autem. D.ad Trebel.Semel enim conditionem extitiſſe ſatis eſt,l.quidam in teſtamento.in princ.l.rogo.D.de fid. lib. At ſi quidem ſuſceperit, verum viuus amiſerit, extat adhuc conditio,d.l.ex facto.§.ſi quis autẽ. Neque obſtat l.heredibus.77.in princ. D.ad Trebel. in qua,ſecundum ea quæ proponerentur,rectè reſpondit Iureconſultus, videri fideicommiſsi onere liberatos eos filios,qui binos educauerint, quãuis ſuperſtites non reliquerint. Nam hæc fuit voluntas expreſſa teſtatoris, qui hoc modo voluit conditionem, *ſi ſine liberis*,deficere. Quod ſi quæſtio de commoriẽtibus patre & filio incidat, dubiumque ſit vter prior deceſſerit,pro conditione fit interpretatio,& extitiſſe videtur,d.l.ex facto.§.ſi quis autem. Deficit prætérea hæc conditio, vel vno ſuperſtite relicto. Quãuis enim pluratiuo numero proferatur conditio, tamen nõ eſt ſine liberis,cui vel vnus filius, vnaue filia eſt. Nam quẽ ſine liberis eſſe dicere nõ poſſumus,neceſſe eſt dicamus liberos habere,l.non eſt ſine liberis.cum ſeq. D. de verbor. ſignificat. Dixi pluratiuè liberos vſurpari. Inuenio tamẽ & ſingulariter liberum dici, quo vtitur Varro apud Nonium, in verbo,*taxis*.Quã licentiam etiam ſibi noſtri ſumpſerunt, vt exemplis probat Alciatus in d. l. nõ eſt ſine liberis. Hæc verò quámquã hodie certa ſint,ambiguitatis tamen vitãdæ cauſa veteres adiiciebant,*ſi ſine liberis uno pluribusue*,l.vlt.§.filiæ.de leg. 2. Superſtitem porro intelligimus,ſiue filius,ſiue filia ſit.Nam & hæc facit deficere

conditionem,l.à filia.62.in princ.l.heredibus.in fin. 77.D.ad Treb. cum & naturalis filius tantumdem possit ex Papiniani sentẽtia,d.l.ex facto.§.si quis rogatus.1.licet ibi voluntatis esse quæstionem maluerit Vlpianus,cui potius standũ existimo.Idemq; & in filia dicendum putarẽ,cuius conditio iure nostro municipali masculis est deterior, titul. *des successions*. §. *fille mariee*.Filios autẽ naturales intelligo,siue ex concubina, siue in seruitute susceptos. Nam & hi naturales dicũtur,& filiorũ appellatione veniũt,l.pen.§. Damæ.de leg.2. Quod verò de filiis & filiabus diximus,idẽ & de nepotibus seu pronepotibus adfirmãdum,l.liberorũ.l.iusta interpretatione.D.de verb.sig. Deficit hæc insuper cõditio,si prægnantẽ quis vxorẽ reliquerit,l.si quis.187.de reg.iur.ar.l.sed & si.20. D. ad Treb.l.iubemus.§.pen.C. de SC. Trebel.Nam & mortis tempore fuisse intelligendus est,qui in vtero matris fuit,l.intelligendus.D.de verb.sig.Qui quãuis ex verborum proprietate liberorum appellarione nõ veniar,l.2.D.de collat.bonor.l.vlt. D.de adsign. lib. quia partus nondum editus homo non rectè dicatur, l.in Falcidia.9. D.ad leg. Falcid.tamen ex voluntate hic aliud statuimus , dummodo partus viuus nascatur. Qui enim mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt,l.qui mortui.119.D.de verbor.sign.Liberi namque appellatio viuis non mortuis conuenit, cùm à liberatione dicti sint, quasi liberati vtero matris. Nemo autem post mortem liberari potest intelligi, l.qui libertinus. 37. D.de oper.lib. Quid verò de filiis deportatorum statuemus ? quid item de adoptiuis ? Et illi si ante deportationem concepti

sint,

sint, prosunt: si postea, non item, quasi ab alio concepti d.l.ex facto.§.ex facto. multo ergo minus, si post libertatem amissam. Adoptionis autem commentum non facit deficere conditionem, l. fideicommissum.76.D.de cond.& demonst. Ideoque in tempus liberorum tertiam partem relictam adoptando nemo consequetur, l.si ita quis. 51.de leg.2.propter Senatusconsult.vt puto, quod Neronis temporibus factum est, quo decretum, ne simulata adoptio in vlla parte muneris publici iuuaret, ac ne vsurpandis quidem hereditatibus prodesset. Corn. Tacit. lib.15.annal. Extantis porro semel huius conditionis hæc est vis, vt mater cui à filio fuerat relictum fideicommissum, etsi non petierit filio tutorem, nihilominus admittatur.l.vltim.D.qui pet.tutor. Quamuis enim eo casu repellatur à vindicatione bonorum intestati filij, vt ait ibi Iureconsultus, tamen fideicommissi petitio quæ ex alieno iudicio pendet, non est perempta, siue sit vniuersale, siue singulare, ne inter ea sine causa cum Accursio distinguamus. Neque obstat l.omnem.C. ad Senatusconsult. Tertullian. quæ non de fideicommisso, sed directa substitutione intelligenda est, & quæ in alio casu procedit, in quo grauius deliquit mater, quàm in d.l.vlt.

De nobili quæstione, vtrum in conditione, si sine liberis, positi sint in dispositione, & an patri liceat fideicommissum sub tali conditione relictum liberis inæqualiter diuidere. CAP. XIIII.

PERVENIAMVS ad effectus huius conditionis enucleandos, in quibus se primùm offert

illa longi ſubſellij variéque agitata quæſtio, vtrum filij ſuperſtites qui conditionem extinguunt, & ſubſtitutum excludunt, ex teſtamento vocentur, an non. Sic vulgo concipitur, vtrum filij in conditione poſiti ſint & etiam in diſpoſitione, id eſt, tamquam inſtituti admittantur. Accurſius in l. Lucius, 2. D. de hered. inſtit. vno verbo breuiter adnotato rixæ cauſam dedit. Ab inteſtato maluit ſuccedere, in ſpecie d. l. Lucius. non quidem teſtatori, ſed patri eorum. Ex quo noſtri generaliter colligunt, non eſſe in diſpoſitione conditionaliter poſitos liberos, nec rationem habent ſingularis caſus d. l. Lucius. cuius occaſione proceſsit Accurſij nota. Et hanc partem vt communiter probatam ſequitur Guido Pap. quæſt. 39. quam præiudiciis Curiæ ſuæ munitam eſſe ait. Sequitur Alexand. ne alios referam, toto conſilio 185. libr. 2. Producunt in eam rem cum d. l. Lucius. de qua dicã poſtea, tum verò l. poteſt. cum ſeq. D. de vulg. quæ ad directam diſpoſitionem magis pertinet. Addunt l. ſi quis. 82. D. de hered. inſtit. Vbi heres legitimus in conditione poſitus non vocatur ex teſtaméto. Quod tamen ideo fieri credo, quia nec voluit teſtator, qui tantum de herede ſibi prouidit, quo caſu ab inteſtato non eſſet adita eius hereditas. Putant prætereа iuuari l. ex facto. §. ex facto. D. ad Trebellian. & eam maximè iactat idem Guido, à qua tamen nihil tale elicias. Dicitur filios ante deportationem conceptos conditionem perimere, nec adiicitur fiſcum ea bona poſſe occupare, quod fuit commentum Accurſij ibid. Nam mentio fiſci ibi adiecta reſpicit tantum caſum quo filij poſt deportationem, non ante concepti ſunt: Itaque male inferunt, filios ex diſpoſitione ad

fidei

fideicommiſſum non vocari, quia ſcilicet fiſcus occupat fideicommiſſum cum reliquis bonis deportati. Nam vt dixi illo caſu fiſci nulla mentio. Leue eſt ſane huius ſententiæ momentum in l.filiusfam.§.cum erit.de leg.1. In qua nihil vltra quęritur ad conditionem extinguendam, quàm an ſuperuixerint liberi, cùm non ſit opus, vt heredes extiterint. Eſto. An verbum, *heredes*, ad teſtatorem referendum eſt, an verò patrem? Et de patre ſenſit Iureconſultus. Siue igitur patri heredes extiterint, ſiue non, ſemper defecerit conditio, póteruntque fideicommiſſum conſequi ſiue ab auo ſiue ab extero relictũ. Nihil aptius in hanc rem produci poteſt, quàm quod elicitur ex l.ſi quis eum.in fin.D. de vulg. Sub conditione poſitum prǽteritum dici, vt videatur ſtatuendum, directæ diſpoſitioni non æquiualere conditionem. In ſumma, inquiunt, conditio iure noſtro nihil ponit, l.ſi quis ſub.D.ſi quis om.cauſ.teſt. Quod in ea conditione tamen, quæ voluntatis coniectura nititur, putarem minimè ſeruandum, vt quidem non directò, ſed per fideicommiſſum valeat. At contrariæ ſcholæ auctores nec pauci nec contemnendi fuerũt, quorum anteſignanus Oldradus, Pontanus, aliique ab iiſdem relati. Inquiunt enim, ſi filij excludunt ſubſtitutum, ergo vocati videntur, quia prǽdilexiſſe videtur eos quos ſubſtitutis antepoſuit. Item ſi conditio per caſus abſolutos concepta fideicommiſſum inducat, l.fideicommiſſa.§.cum ita.de legat.3.quidni & hoc caſu tãtumdem operabitur? Et ſi verba enuntiatiua quæ regulariter diſponunt, l. ex hac ſcriptura. D. de donat. ex coniectura tamen voluntatis ad fideicommiſſum trahantur, l.vnum ex familia.in fi.
de

de legat. 2. cur non & conditioni, quæ enuntiatiuè concipitur, eadem vis tribuetur? Maius momentum est in verbis Imperatoris, l.cum acutiſsimi.C.de fid. cùm ait, *ne uideatur teſtator, &c.* ex quibus non ab inteſtato ſed ex teſtamento vocari manifeſtum eſt. Nolim equidem huius ſententiæ fundamentum petere ex l.Gallus.in prin.D.de libe.& poſt. in qua melius eſt ponamus inſtitutionem filij deeſſe, quia de ea non erat quæſtio, tantumque adiectam formulam Galli circa nepotis poſtumi inſtitutionem. Itaque eſt neceſſarium d. l. Gallus. in princ. interpretationem capere ex §.in omnibus.cùm ait: *in omnibus his ſpeciebus illud obſeruandum eſt, ut filius duntaxat qui eſt in poteſtate ſit aliqua ex parte heres inſtitutus.* Vt verò hic tam implacabilis opinionum conflictus ſedetur ac componatur, ita omnino res temperanda eſt, vt liberi ſiue nepotes nepteſve ſint, ſiue non, poſiti in conditione non quidem iure directo videantur vocati (quia inſtitutio quæ recto iure fieri debet §.in primis.Inſtit.de fid.hered. fictionem non admittit, ſed verba expreſſa requirit, etſi non, vt olim concepta, l. quoniam indignum.C.de teſtam. vt rectè dixerit Accurſius in l.in fraudem.§.1.D.de milit.teſtam.non nuda voluntate, ſed verbis fieri teſtamentum) ſed precariò, & per fideicommiſſum inuitati, non quidem expreſſum, ſed vtile ac intellectum, niſi voluntas teſtatoris repugnet. Qui enim ex fideicommiſſo quantumuis intellecto vocantur, dicuntur inuitati, l.peto.§.fratre.l.cùm pater.§. fidei heredum. de leg. 2.Hoc verò totum vt manifeſtius ſit, in confeſſo eſſe debet, vbicumque tacitè intelligitur hæc conditio, ex ea vocari liberos tamquam per fideicommiſſum,

esseque in dispositione fideicómissaria. Sicque puto intelligendã d.l.cùm auus.& d.l.cũ acutissimi. probaturque aperte l.heredes mei.§.cũ ita.D.ad Trebel. In qua si fingeremus ab intestato nõ eo testamento neptẽ succedere, cur concurreret quasi ex voluntate cũ testamentario? Nã legitimi & testamẽtarij heredis concursus non admittitur, ne videatur pro parte quis testatus, pro parte intestatus decessisse cõtra iuris regulas. Quod si hoc tacitæ cõditioni cõcedamus, ergo multo magis expressæ tribuemus. Cùm enim fideicommissum nonnunquam contra verba inducamus aut intelligamus, vt exemplis probabo fusius in sequenti diuisione, cur expressæ conditionis vis adeo infirma erit, vt ex ea non posit precaria voluntas colligi? Sane mirum videri non debet, conditionem in se dispositionem fideicommissariam continere, cùm etiam conditio dicatur fideicommissum, l.ciuitatibus.in fin.de legat.1.l.2.C.de his quæ sub modo. Nec à iuris ratione alienum est conditionis verba dispositionem fideicommissariam efficere, cùm & verbis enuntiatiuis eadem potestas tributa sit, l. ex hac scriptura, & ibi not.D.de donat. Succedent igitur in fideicommisso, non tamquam patris heredes, sed tanquam fideicommissarij. Itaque patri non erit integrum fideicommissum dissipare, l. Marcellus.§. res quæ.D.ad Trebellian.l.fi.§.sed quia nostra. cum seq.C.com.de legat.authen.res quæ.C.eod. At si cui mirum videatur quod à nobis dictum est, conditionales liberos etiam extraneos in dispositione fideicommissaria regulariter positos, cogitet cùm de prohibitione alienationis agitur, non solùm liberorum sed aliarum personarum occasione ac prætextu fideicom

deicommissum inuehi, l. filiusfam. §. Diui. 2. cum seq. de legat. 1. cogitet conditionem, in qua liberorum nulla mentio, fideicommissum dici, d. l. ciuitatibus. in fin. d. l. 2. Quid, quòd nepotes ex sorore consilij vice à testatore nominati legitimos repellunt? l. pen. §. matre. de legat. 2. In summa vbicumque consilium est potius quàm fideicommissum, si tamen liberorum mentio fiat, in vim fideicommissi valet relictum, l. fideicommissa. §. hæc verba. de legat. 3. Cur igitur non idem dicemus, si conditionis specie filiorum meminerit? Quid? in hoc fideicommisso: *Peto cùm morieris, licet alios quoque filios susceperis, Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei.* Sempronij fratres alij nepotes testatoris vtrumue expressè vocati sunt ad fideicommissum? Minime. Et tamen vtiliter inducitur. Ait enim Iureconsultus necessitatem restituendis nepotibus viriles partes præcedere &c. l. cùm filius. 76. §. pater. de legat. 2. In summa faciles sunt Iureconsulti filiorum gratia fideicommissum admittere, efficitque etiam nuda emancipationis mentio, l. quamuis. C. de fid. Atque hoc fœdere conciliantur leges vtrinque supra productæ, quarum quæ primam sententiam muniunt, directam, quæ secundam magis fulciunt, fideicommissariam respiciunt dispositionem. Neque mutat d. l. Lucius. 2. in qua fratre instituto non adeunte, ideo filij eius necessariò patruo ab intestato succedunt, quia non est eo casu qui eis restituat. Nam si esset, ad fideicommissum necessariò recurrẽdum fuisset. Ergo quo casu fratris filij erunt soli ab intestato patrui heredes, fideicommissum non poterimus interpretari. Mediã enim personã exigit, cuius ministerio fiat restitutio.

Et

Et sic intelligéda, capiendaque est Accursij glosula, quæ iure meritoque ab intestato eos admisit, quia non videbat ex facti specie alios eis legitimos coheredes fuisse. Ad hanc autem fideicommissi interpretationem non decurremus, vel cùm repugnat voluntas testatoris, quæ sola tuetur fideicommissa, vel quando necessaria est institutio directa, vt in suis aut qui suorum locum subintrant. Neque enim his casibus fideicommissum vniuersale loco institutionis esse potest, nec proptera desinent filij aut nepotes fideicommissarij impugnare testamentum, argumen. l.ita tamen.§.qui rogatus.D.ad Trebellian. Ideoque legitimam quæ institutionem requirit, satis non est per fideicommissum relinquere, authen. vt cùm de appellat. cog. §. aliud quoque capitulum. Bartol. in auth.de heredib.& Falcid.§.inordinatum. Hac vero via sic complanata, & fideicommisso in liberis conditionalibus generaliter inducto, non puto nobis esse terendũ tempus in expendendis communis opinionis exceptionibus, quas nonnulli plures producunt, vt Ripa in l.Centurio.numer. 162.D.de vulg.contrà quàm Guido Papæ quæstio. 184. qui duos tantùm casus reperiri statuit, si videlicet masculorum adiectio fiat, & si grauentur liberi. Exinde enim honoratos videri directa institutione, argumento l.ab eo. C.de fid. Vterque casus est apud nostros adhuc controuersus. Certe contra primum Senatum Gratianopolitanum decreuisse idem Guido ingenuè testatur, d.quæst.184.& quæst.600. Damnat & eum Alciatus responso 114.& in l.1.C. de pact. & Maria.Soc.toto responso. 177. lib. 2. in eum insurgit. Pro secundo casu nihil iuuat ratio d. l. ab eo. Etsi enim necesse

sit

sit eum quem quis grauat honorare, id tamen & per fidei commissum fieri potest. Atque à liberis in conditione positis rectè relinquitur, quia vt dixi, ad fideicōmissum veniunt. Illud potius quæstione dignū est, vtrum liceat patri vnum ex filiis inuitatis præferre aliis, vel ipsis inæqualiter fideicommissum relinquere. In hac luctatur & idem Guido d.decis.184.nu.3. frustra meo iudicio. Nam si liberis fideicommissum debeatur, & ex testatoris non patris dispositione capiant, tanquam æs alienum deducent filij, nec patri erit integrum inter liberos inæqualiter diuidere, sed necessitas viriles partes relinquendi incumbet, nisi testator aliud expresserit, l.cum filius.76.§.pater.de legat.2. quia cùm liberti aut filij vocantur & inuitantur, partes viriles deberi responsum est, l.Lucius.84. §.Lucius.6.de legat.2. Legata enim & fideicommissa quæ à patre debebantur, tamquam æs alienum deduci notissimum est, etsi heredes sint quibus debebantur, l. irritum. C. ad legem Falcidiam. Alioqui si patri ius esset pro arbitrio diuidendi, ex eius dispositione haberent potius, quàm eius cui patri reliquisset. Neque obstat l. filiusfam. §. cum pater. in fin. de legat. 1. in qua videtur fideicommisso satisfactum, vni si oneratus relinquat, quod & idem statuitur l.vnū ex familia. §.1 de leg.2. Nā agitur ibi de fideicommisso, *ne extra familiam alienetur*, ideoque vni de familia relinquendo voluntati satisfit, cùm sit ius in familia alienandi. Idem & in legato, ne de nomine exeat, dicendum.l. is qui cum plures.94.de leg. 3. At per conditionem, *sine liberis*, nulla datur potestas alienandi inter filios. Non obstat etiam l. fœminæ.C. de sec. nupt. quia lex quæ filiis consulebat,

bat, matri etiam nominatim permittebat vni filiorum relinquere, quod hic dici non potest.

An videatur filius in legitima grauatus, cui sub conditione, si sine liberis, reciproca relicta est. CAP. XV.

ALTER huius conditionis effectus est, vt quàuis non sit impedimento quin legitima ad intestatos heredes perueniat, l. quamquam. C. ad leg. Falcid. quia non potest in ea grauari filius ne quidem per fideicommissum, l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. tamen grauatus filius non intelligatur, à quo fideicommissum etiam in legitima relinquitur sub conditione, *sine liberis*, reciproca. Itaque nec querela eo nomine competit, l. si pater. C. de inoffic. in qua hic effectus reciprocæ tacitæ conditioni tribuitur. Tacitam enim ibi conditionem intelligendam esse, euidentissimum est, l. cùm auus. D. de cond. & dem. l. cùm acutissimi. D. de fid. Atque etiam nisi fideicõmissum ad legitimam produceremus in d. l. si pater. nulla fuisset dubitandi ratio, nec debuisset Imperator reciprocationem vrgere, cuius solius intuitu ita rescripsisse videtur. Nostri tamen communiter post Accursium statuunt d. l. si pater. emendari ac corrigi per d. l. quoniam in prioribus. in qua de legitima omne grauamen tollitur, cuius vim etiam ad reciproca onera conantur producere. In quorum sententiam, per magnos auctores Richardum & Fulgosium, insurgere mihi licebit. Nam ante Iustinianum, omne grauamen de quadrante legitimo sublatum erat, d. l. quamquam. & tamen vigebat vis reciproci oneris ex d. l. si pater. Sed inter constitutionem Iu-

stiniani, & ius ante illum receptum, hæc fuit differentia, quia grauamen per querelam inofficiosi tollebatur, argum. d.l. si pater. hodie ne tam facile testamenta subuertantur, ita ipso iure sublatum est, vt pro non scripto sit, d.l. quoniam in prioribus. in fin. At quin proptérea reciprocum onus admittatur, dubitandi nulla causa est. Alioquin cur d.l. si pater. post repetitam Codicis editionem in libris nostris mansisset? cur ratione durante non durabit legis dispositio, contra l.27.§.iubet.D. ad legem Iuliam de adulteris? cur ex eadẽ ratione mutui oneris, ac incertitudinis, multa etiá alia in iure admittuntur? l. de fideicommisso. C. de transactionibus. l. si ea lege. C. de vsuris. cur ipsa tam exertè prohibita donatio inter coniuges eo nihilomimus casu toleratur? l. quod autem. §. si vir. & vxor. D. de donationibus inter virum, & vxorem. Et hoc vno ore fatentur post Cynum in d.l. si pater. & Romanum sing. 820. Quamuis igitur consuetudine sententia contraria recepta sit, vt ibi voluit Iason, hæc tamen Richardi, & Fulgosij verior est. Nec nouum est, vt sententia vsu tantùm, non ratione & iure alteri præualeat, argumento eorum quæ notantur in l. dos à patre. C. soluto matrimonio. Eoque pertinent Iureconsulti verba, l. Stichum. §. penultimo. D. de statuliberis. Labeonis & Offilij sententia rationem quidem habet sed hoc iure vtimur, &c.

* * *

An

An pendente conditione, si sine liberis, de fideicommisso transigere liceat.

CAP. XVI.

POSTREMÒ conditionis huius est effectus, vt ea pendente liceat de fideicommisso pacisci ac transigere, siue expressa, siue tacita sit, l. cùm proponas. C. de pactis. quæ implicitam habet hanc quæstionem, siue mutuũ ac reciprocũ sit, l. de fideicommisso. C. de transact. siue simplex ac vni tantùm factum, l. 1. C. de pact. In qua vicissitudinarium fideicommissum fuisse salua integritate scripturæ suspicari non possumus, ne quidem ex illis verbis initio positis, *inter fratres.* Quia notissimum est inter aliquos esse actionem, etsi mutua non sit aut reciproca. Denique Odofredus vetus & bonus interpres differentiam inter hanc, & l. cùm proponas. constituit, quòd in l. cùm proponas. duo fuerunt inuicem rogati restituere, in d. l. vnus solus. Rationes huius effectus petendæ sunt ex d. l. 1. & d. l. de fideicommisso. Hanc scilicet pactionem seu transactionẽ cõditionis incertus euentus admittit, cuius occasione vt supra dixi & alia in iure admissa sunt, l. si ea lege. l. oleo. C. de vsur. per quã & concordia fratrum retinetur, votumque improbabile captandæ mortis alterius remouetur, d. l. de fideicommisso. Item quamuis prohibitio diserta, ne extra familiam alienetur, præceptum testatoris manifestum contineat, tamen ex voluntate illorum quibus per fideicommissum relinquitur alienari potest, l. cum pater. §. libertis, de leg. 2. l. pen. §. insulam. D. eod. His tamen aduersari videtur Paulus 4. sent. titu. 1. cũ ait: *rogati inuicem sibi, si sine liberis decesse=*

rint, hereditatem restituere, altero decedente sine liberis, hereditas ad eum peruenit qui superuixit, nec ex eo pacisci cōtra voluntatem testatoris possunt. Cōtrouersiæ totius causam præbent vltima verba, quibus vt mederētur quidam, existimauerunt ad pactum liberis existentibus factum referri, cùm ne tenuis quidem sit huius rei suspicio. Quin potius de extante conditione, & pacto liberis non existentibus facto, concepta est sententia. Non placet etiam cum aliis doctis, constitutionū illarum à sentētia Paulina diuersum ius statuere, quia iuri ciuili, & eius regulis voluntatem defuncti conseruantibus constitutiones hac in parte, non aduersantur. Vetustissimus earum sententiarum interpres aliquando & conditor, licet vbi bene sentit non sit contēnendus, ea tamē in parte errat, peccatque, cùm putat pactionem eiusmodi cōtra voluntatem defuncti futuram. Ego aliud ex illis verbis Pauli colligo, quæ ad tria manuscripta exemplaria comparaui. In vno reperi, cum voluntate, in duobus aliis melioris notæ, vt in vulgatis omnibus, *contra voluntatē*, scriptū erat, idque rectissimè. Respondet enim tacitæ quæstioni Paulus, qua dubitaretur, vtrum contra voluntatem testatoris esset hæc pactio. Nó esse igitur absolutè firmat, testatorisque voluntati eam pactionem minime aduersari asserit, vel quia concordiam inter liberos tuetur, vel quia captandæ mortis votū aufert, quæ duo nemo non bonus parens optat, vel etiam quia incertum conditionis expungit. His enim rationibus innituntur d.l.1. & d.l. de fideicommisso, quibus addi poterit hæc ex verbis Pauli petita, non aduersari scilicet voluntati defuncti eam conuentionem. Cumque satisdatio legatorum pacto remissa sustineatur,

ſuſtineatur, atque in ea quoque conuentione ſeruari voluntatem defuncti D. Marcus conſtituerit, l. pactũ.D. de pactis. cur voluntas defuncti non adiuuabit eam pactionem, quæ inter liberos ſuper conditione incerta propter eas quas diximus cauſas celebratur? Huius autem conuentionis hic eſt effectus, vt ne quidem liberis poſtea exiſtentibus infirmetur, d. l.1.C. de pactis. quamuis aliàs vbi prædictæ rationes ceſſarent, ſuperuenientia liberorum negotium infringeret, l.ſi vnquam.C. de reuoc. donat. Præterea nec reſtitutio in integrum eo nomine danda eſt, ſiue minor ſit, ſiue miles, qui petit, d. l. de fideicommiſſo. quam ad Caiani militis libellum reſcripſiſſe Imperatorem legis inſcriptio indicat. Quod enim ſic mutuo conſenſu tranſactũ eſt, nullo colore, nedum amplioris emolumenti tranſactionis tempore incogniti, aut inſtrumentorum poſtea repertorum prætextu, irritum fieri debet, argum.l.Lucius.§.vltim.D.ad Treb. l. admonendi.in fin. D. de iureiur. Quod rectè quidem procedit in fideicommiſſo, quod expreſſe pacto, vel tranſactione remittitur. Nã nec generalis renuntiatio aut tranſactio excludit fideicommiſſum non cogitatum, quia liberalitatem captioſam interpretatio prudentum fregit, l. cum Aquiliana. D. de tranſact. Quinimo ſi ex teſtamento proficiſcatur fideicommiſſum, tranſigi de eo aliter nõ poterit, quàm inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti, l. de his.D. de tranſact. Idem de diuiſione inter fratres celebrata ſentiendum, quæ ad fideicommiſſum non cogitatum non porrigitur, argum.l.qui Romæ.122. §. vltim. D. de verbor.obligat. & ibi DD. in qua iudici ex actis & probatis conſtitiſſe de fideicommiſſo etiam cogi-

tãto illa verba ostendunt, *quasi de hoc quoque trãsactum fuisset*. Vnde colligimus, nisi id paruisset, pronuntiaturum non videri fideicommissum remissum. Itaque non de iustitia aut iniustitia sententia quæri debet ibi; quam neque Iureconsultus in dubium vocat, sed dubitatur tantùm vtrum pœna stipulationis commissa sit. Diuisio igitur non magis fideicommissum comprehendet, quàm summam pecuniariam, cuius nulla mentio in instrumento diuisionis continetur, vt loquitur Iureconsultus in l. tres fratres. D. de pact.

De duabus conditionibus, si liberos non habebit, etsi liberi deficiant. CAP. XVII.

VT CLAVDATVR hæc disputatio, dicendum est paucis de duabus aliis conditionibus huic adfinibus, & cognatis. Si ergo reliquerit testator sub conditione, *cum liberos habuerit*, aut ab aliquo fideicõmissum relinquat, *si liberos nõ habebit*, nato filio statim proprietatis fideicommissi dies cedit, quasi perempta aut existente conditione. Neque oberit, si natus decedat, l. cum vxori. C. quando dies legat. vel fid. ced. sicque respondit Oldradus cons. 141. num. 1. Puto & eas conditiones sic concipi posse, si in tempus aut ad tempus liberorum aliquid relinquatur, l. solemus dicere. D. de cond. & demon. l. sed & si. 20. D. ad Treb. In summa, non exigimus, vt in superiore cõditione, liberos esse superstites, sed tantũ natos. At longe alia est natura conditionis, *si deficiãt liberi*, quæ ab vtraque superiori differt. Nam conditio, *si liberos non habuerit*, momentanea est, & vt dixi, nato filio deficit, d. l. cum vxori. Item conditio, *si sine liberis decesserit*, ad tempus mortis instituti refertur, nec vltra fere progredi so-

let,l.ex facto.§.pen.D.ad Treb.Hæc verò conditio, *si liberi deficiant*, vlterius porrigitur, nec sufficit momẽtaneum per natiuitatem implemẽtum. Non enim satis est, superstites tempore mortis fuisse liberos, sed quamdiu liberi erunt, tamdiu erit incertum; existat conditio necne. Atque ita respondit Alexan.cons.53. nu.11.& 12.lib.6.& cons.101.nu.12.& 15.lib.7.Ruinus cons.133.nu.1.vol.3. Hæc ergo conditio, cùm mortis mentionem apertè includat, cùm etiam onus contineat in persona liberorum deficiẽtium, indubitatam debet includere fideicommissariam dispositionem, non meram conditionem, vt voluit communis sententia, quam suprà exagitauimus. Nam mortis mẽtio fideicommissum inducit, vt notat Accurs. quem alij probant, in l.in testamento.C.de testam.milit.sequiturque Bald.cons.189.vol.1. videturq; hoc pacto parens, rogatus liberis restituere, quia & hi si moriantur, fideicommisso grauati intelliguntur, argum.l.ab eo.C.de fid.

Sexta diuisio, fideicommissorum alia esse expressa, alia intellecta, alia tacita.

CAP. XVIII.

SVPEREST vltima fideicommissorum diuisio, quæ tripartita erit, vt alia sint expressa, alia vtilia siue intellecta, alia tacita. Et quidem quia de tacitis abundè diximus in tractatu substitutionũ, hoc loco nihil repetemus. Expressa verò sunt, quæ ex verborum, aut scripturæ figura cognoscuntur, de quibus intelligenda regula l.ille aut ille.de leg.3. *Cùm in uerbis*, inquit Iurecons. *nulla ambiguitas est, non debet admitti uoluntatis quæstio.* Nõ desinunt autem expressa videri,

etsi verba quædam sensui faciendo desint, dum tamē quæ leguntur, cum his quæ scribi debuerunt, congruant. Tunc enim non voluntatis sed orationis potius est quæstio, meritoque fideicommissa sic relicta expressa dicemus, arg. l. verbum, volo. C. de fid. l. si in testamento. 106. de leg. 1. l. vnū ex familia. §. si omissa. de leg. 2. cùm etiam institutio heredis, quæ expressa esse debet, hoc modo suppleri posſit, l. 1. in fi. D. de hered. instit. Vtilia siue intellecta sunt, quæ cōtra aut præter verba, ex sententia & voluntate relinquētium inducuntur, exemplo vtilium actionum. Sicque intelligendum vtile fideicommissum in l. si pecunia. 77. de leg. 1. vbi videtur heres rogatus, cùm tamen non sit. Sic item vtile fideicommissum accepit Iureconsultus in l. Titia. 54. in princ. de leg. 2. Idque maxime fit, cùm vt ait alibi Iurec. parum quidem aptè scribitur, verùm intelligēdum est, heredis fidei cōmissum, l. si seruus. 108. §. pen. de leg. 1.

De intellectis fideicommissis vniuersalibus.
CAP. XIX.

VTILIA fideicommissa sunt tam vniuersalia quàm singularia, & contra seu præter verba inducuntur tam directa, quàm precaria. De vniuersalibus ergo prius. Et ex substitutione directa contingit precariam fieri, si in codicillis nempe facta sit l. Sceuola. D. ad Trebellianum. Itemque si substitutio vulgaris, vltra tempus aditæ hereditatis porrigatur, nimerim si in substitutione mortis mentio fiat, quæ quidem cùm notisſimos terminos vulgaris exeat, & aditæ hereditatis tempus prætergrediatur,

tergrediatur, in fideicommissum degenerat. Quod ex Accursio in l.in testamento.C.de testamento milit. notauimus ante. Idem & de pupillari substitutione statuendum, quæ etsi verbis directis fiat à milite, vltra decimum quartum annũ, pubertate vertitur in fideicommissum, l.precibus.C.de impub. In pagano non idem, l.verbis ciuilibus.D. de vulg. nisi coniecturis aliter de voluntate constet. Idem autem dicendum, si puberi aut extraneo fiat, §.vltim.Instit. de pup.substit.quo genere mater filio substituere potest. Quamquam his tribus casibus etiamsi nihil petierit testator, directam tamen verti in precariam melius sit: quæ fuit Accursij probata sententia in l. verbis ciuilibus. D.de vulgaribus. Ex cuius & Bartoli aliorumque traditionibus regula hæc constitui potest, verba directa, quæ vi & natura propria nunquam valuerunt, in fideicommissum sine aliis voluntatis adminiculis eo ipso deflecti: de qua in clausulæ codicillaris explicatione plura posthac dicã. Quid verò de ea substitutione, quæ verbis directis compendio pagano fit, dicendum? Accursius & alij passim potestate d.l.verbis ciuilibus.victi, existimant finita pubertate prorsus mori. Quod non probo. Nam verba illa, *quandocumque decesserit filius, ille ei heres sit*, tractum temporis & mortis mentionem cùm contineant, quibus signis fideicommissa deprehendimus, de fideicommisso autem inducendo hic agatur, quod ex vi verborum non pendet, sed mente potius, cur saltem eo casu hanc interpretationem non admittimus? Nemo sane mediocris artifex inuestigandæ voluntatis, & cui fideicommissorum natura probè cognita fuerit, hoc etiam non

receperit. Itaque consultior iam Bartolus aliter sensit in l.Centurio.numero 32. versi.secundo oppono. D.de vulg.& pup. Non obstat d.l. verbis ciuilibus. quæ etsi directam substitutionem vltra tempora pubertatis excludat, precariam tamen non excludit. Quod autẽ ait Iureconsultus *ne fiat contra uoluntatem*, propter substitutum dictum fuit, qui vt heres adiectus non admittitur, non vt interpretatio fideicommissi expungeretur. Deputo præterea vtilis fideicommissi exemplum in specie l.Titia. 87.§. Seia. de legat.2. In qua reciprocum fideicommissum inter libertos à Iureconsult. statuitur, quamuis testator ita tantùm reliquit, *qui ultimus decesserit*. Id adeo fieri Accursius sentit rectissimè, quia insuper fidei commiserat libertorum, ne fundum venderent. Quo genere fideicommissum reciprocum induci notissimum est, l.peto.§.fratre.de legat.2.l.filiusfam.§.Diui.cum seq.de legat.1. Et hæc tamen Accursij interpretatio reiicitur, & à Bartolo, Paulo, aliisque damnatur. Ipse Viglius in §. vel singulis. Instit.de pup.substit. minime recipit. Maluit enim regulariter, cùm vltimo decedenti precariò substituitur, reciprocum admittere fideicommissum, quàm circumstantias expendere, quæ Iureconsult. ad respondendum inuitarunt. Ita verò ideo statuunt, vt eam differentiam firment, quam inter fideicommissarias & directas substitutiones inducunt, cùm vltimo decendenti fiunt. Has siquidem reciprocam non continere volunt, d.l.vel singulis.& d.§.vel singulis. illas contrà, d.§.Seia. Nobis tamen Accursij potior visa est sententia, casum singularem & circumstantiis suis munitum ibi contineri, quo communi fideicommissorũ

&

& substitutionum iuri, inter quæ ob id differentia poni non debet, contrà quàm illi existiment, derogetur. Ipse Paulus auctor responsi manifestum facit, cùm modum relinquendi & qualitatem personarum expendens ita scripsit, *uideri in eo fideicommisso, de quo queritur, &c.* quasi absolutè & in vniuersum id videri non possit. Nouissimus autem, non partem sed totum fundum restituere debet, quia totus ad eum quasi familiæ vltimum peruenit. Illud Viglius male narrat, superuacuè adiectam à solicito testatore prohibitionem, cùm substitutioni res subiacentes alienari non possint. Contrà, vt dixi, existimo eius adiectionem causam esse inducendi reciproci fideicommissi, quod à iuris regulis abhorrebat, d. l. vel singulis. quæ tam ad directam pupillarem quàm fideicommissum pertinet, præsertim cùm pupillaris ætatis nulla ibi mentio fiat. Erit & vtile fideicōmissum, ac intellectum potius quàm expressum, cùm relinquitur patri pro se & filio. Nam etsi videatur filius simul vocatus cum patre, propter naturam copulæ, quæ pariter iuncta determinat, l. reos. D. de duob. reis. tamen ordine successiuo videntur filij per fideicommissum vocati, vt rectissimè sentit Accursius, quem alij sequuntur, in l. Gallus. §. quidam rectè. D. de libe. & postum. Potior enim est nepote filius, l. vltim. §. filius. de legat. 3. & patris contemplatione videtur filius vocatus, l. sed si plures. §. in adrogato. D. de vulg. Idque obtinet tam in descendentibus quàm collateralibus, & siue iam nati sint, siue non, vt notant DD. d. §. quidam recte. Craueta consilio 22. numero 2. quod & obseruamus, si sub nomine collectiuo inuitati sint, nempe, si patrem & filios vocauerit.

vocauerit. Quia cùm simul admitti non possint; quomodo possunt admittuntur, l. omnia. 32. §. in fideicommisso.l.peto.§. fratre.de legat.2.l. vltim.C. de verb.sign.

De singularibus intellectis fideicommissis. CAP. XX.

VIDEAMVS de verbis directis, & legato in fideicommissum verso. Contingit plerumque cùm legati forma verbis expressa non seruatur, sed ab ea receditur ex voluntate præsumpta, argum. l. legatum. D. de vsufr. leg. vbi quod initio legatum erat, postea fideicommissum appellat Iureconsultus. Itaque si æstimatio pro re legata petatur, tamquam ex fideicommisso id fiet, argumen.l. Seiæ.in princi. D. de auro, argent. legat. Idem euenit, cùm facto heredum aut legatariorum ius legati sic immutatur, vt nisi ad asylum voluntatis, & fideicommissi benignitatem decurratur, inane fiat relictum. Cuius rei exemplum præbet l.vltima.§.quatuor. de legat 2.in qua præceptionis legatum exit in fideicommissum, propter fundum per præceptionem heredibus legatum, & ab eis creditori obligatum, atque ex lege pignoris coheredi venditum. Et hac ratione fideicommissum interpretor, non legatum, in l.qui solidum.78.§.1.de legat.2. l. quibus diebus. §. dominus. D.de cond. & demonst. Quamuis enim legati specie apertè ibi relictum esset, tamen quod legatum in effectu esse non potest, transit saltem in fideicommissum, secundùm mentem testatoris, & quod ciuile debitum esse non potuit in d.§.dominus. saltem naturale erit. Quid, quod licebat quod legatario legatū

vtrouis

vtrouis genere petere, vel tamquam legatum, legatorum actionibus, vel tanquam fideicommissum quasi ex voluntate relictum? l. penultim. in princ. D. si seruit. vindic. Ea gratia Iureconsulti interrogati legatum debeatur, necnè, respondent neque legati, neque fideicommissi petitionem habere, l. Titia. 34. in fin. prin. de legat. 2. In summa quotiescumque ad voluntatem potius quàm ad scripturam respiciunt Iureconsulti, cùm mentis coniecturas, non seriem verborum attendunt, cùm pugnant pro sententia contra verba, vtile ac intellectum fideicommissum est potius, quàm expressum, l. vnum ex familia. in fin. l. filiusfam. 114. §. vt quis. de leg. 1. iuncta l. ex facto. in princ. ad Trebellian. l. cùm pater. §. fidei tuæ. & §. filius matrem. de legat. 2. l. Pamphilo. 39. in princ. de legat. 3. l. à patre. D. eod. l. Caio. in princ. & §. 1. de alim. & cib. leg. l. qui filium. 74. D. ad Trebell. l. Publius. §. Titia. D. de cond. & demonst. l. quamuis. C. de fideicommis. Si igitur à debitore fuerit relictũ fideicommissum, videtur heres rogatus id remittere debitori, quamuis expressum non sit, quasi ex vtili fideicommisso, l. si pecunia. de legat. 1. Idem, si cùm alius rogatus sit, alius fideicommisso obstringatur, vt in specie l. si seruus. 108. §. qui Margarita. de leg. 1. Item, si cùm legatarius rogatus sit, nihilominus fideicommissum præstat heres, l. Modestinus. 19. D. de adempt. leg. Item, si cùm fundus esset in hereditate, per quem potest præstari via legatario vsusfructus alterius fundi, secundum voluntatem defuncti, videtur tamquam ex fideicommisso exigi ab herede posse, l. damnas. §. 1. D. de vsufr. leg. Itemque, si testator rem vel seruum alienum pluris redimi, quàm
quanti

quanti est, voluerit, domino rei vel serui erit vtilis fideicommissi persequutio, vt præter pretium verú, id quod ei iussus est heres dare consequatur, quamuis dictum non sit, l.sed si alienare.32.D. de fid.lib. Similiter, cùm testator debiti falsa confessione vtitur, pro fideicommisso interpretamur,l.Lucius.pen. §.Lucius.de legat.2.l.Lucius.39.§.1.de legat.3.Denique quòd hæc conditio, *si sine liberis*, ad fideicommissum inuitet, vt ostendimus ante, id contingit non tam ex verborum expressione, quàm mente & voluntate relinquentis. Et quidem etiam consilij specie, intuitu certæ personæ verba prolata, etsi apertum fideicommissum non contineant, tamen ad vtile ac intellectum possunt deflecti, l. fideicõmissa. §.hæc verba.de legat.3.l.penultim.§. matre.de leg.2. Siue igitur conditionis forma, siue consilij specie, intuitu tamen certæ personæ loquatur defunctus,ad hanc interpretationem decurremus, argument. d.l. penultim.§.matre,de legat.2. l. vxorem.41.§. heres. de legat.3.in cuius specie si fideicommissum valere potuisset, nec euanuisset vitio rei relictæ, vtilitatem fideicommissi sensisset persona, cuius intuitu relinquebatur. Itaque cùm quærit Bartol. in l. paterfam. in fin.D.de hered. instit. si testator priuet hereditate rogatum, nisi fideicommisso satisfaciat, quid iuris sit, probo quidem eius sententiam, non priuari heredem directò,sed eam pœnam transire in fideicõmissum. At verò, cùm idem auctor non vult restitui personæ, cuius intuitu facta est priuatio, sed ad substitutos venire, si qui sint, aliàs ad venientes ab intestato (sic enim verba Bartoli corruptissima emendanda iudico) in eo errare mihi videtur, & pessimè vti

vti consequentia d. l. vxorem. §. eius heres.ex qua aliud, vt ante dixi, deprehendo. Quin & contra Bartolum faciunt, d.l.penultim.§.matre.& d.l.fideicommissa.§.hæc verba. Non obstat Nou. de nupt.§. præfatæ. quia ibi ratione certarum personarum prohibitio nuptiarum facta non fuit, ideoque commodum conditionis nõ impletæ ad substitutos & alios secundum Nouellæ illius prouisionem defertur, in qua & ipse Iustinianus nihil se in præiudicium voluntatis defuncti constituere velle testatur. Postremò vtile fideicommissum est, cùm ab iis præstatur, qui non sunt rogati, l.penultim.§.filiam.de leg.2. itemque cùm ex testamento imperfecto quamuis destituto clausula codicillari nihilominus debetur, vt in specie l.in testamento.D.de fid.lib.de qua dicam postea plenius. Denique his casibus vtile est fideicommissum, quibus testamento euerso deberi nihilominus legata & fideicommissa Imperatores in cognitionibus decreuerunt, l.cùm mater. D. de inoff. testam.l.vltim.D.de heredib. instit. Ex quibus omnibus patet vtilia fideicommissa esse non tantùm ex testamento, sed & ab intestato. Distuli in hunc vltimum locum fideicommissi intellecti speciem, quã ex responso Sceuolæ colligunt interpretes in l.pater filium.§. mater filios. penultim. de legat. 3. In qua quòd fideicommissum non admisisset, sed absolutè respondisset, nihil de fideicommisso proponi, post Accursium Bartolus & alij colligunt verbis quidem non niti fideicommissum, sed ex mente tamen posse induci. Qua interpretatione supplent imperfectum Iureconsulti responsum, quia scilicet mera verba non mentem respiciat. Ego verò non puto necessarium

rium hoc additamentum, quin potius tali auxilio præclaram Sceuolæ sententiam magis obscurari quá declari contendo. Saluo enim contra interpretes ex verbis videri potius fideicommissum deberi, quàm ex mente, cùm de prohibitione alienationis in gratiam fideicommissariorum ibi agatur, quo casu fideicommissum iniungi clarissimum est, l. filiusfam. §. Diui. de legat. 1. l. peto. §. fratre. de legat. 2. cum multis similibus. At verò, cur de fideicommisso nihil proponi respondit Sceuola? Nempe, quia fideicommissum esse noluit testator, cùm præceperit, vt inuicem sibi ea de re cauerent. Ait enim, *deque ea re inuicem sibi cauerent*, quibus verbis notissimos terminos, & naturam fideicommissi egressus est, cui nec acquiescere voluit, sed alio vinculo heredes adstringere. Itaq; debebuntur successoribus prędia alienari prohibita, non iam ex fideicommisso, sed ex stipulatione. Separáda est igitur stipulatio à fideicommisso, quod & facit idem Sceuola in l. vxorem. 41. §. testamento. in fin. D. eodem.

* *
*



CLAVDII CHIFLETII IVRECONS. SEQVANI,

DE IVRE FIDEICOMMISSOrum, liber tertius.

* * *

NON minorem esse virtutem iudico, auditores, semel inchoata pertexere, quàm noua mòliri & incipere. Nõ enim, vt quidam veterum dicebat, illud perfectum dici potest, cui aliquid addendum superest. Quòd si perfecti cura & studium in nobis esse debeat, si vera virtus in eo potissimum cõsistat, ad finem vt ad perfectum opus adspirare debemus. Quò cùm nos ratio impellat, & communis omnium magister sensus, tum verò auctoritas Academiæ, & iurisiurandi in ea præstiti religio, quo adiguntur Professores inchoatas iuris partes absoluere, atque vt statuti verbo vtar, debito fine prosequi. Quæ cuncta etsi deessent, mihique liberum esset, aliam interpretandi prouinciam adsumere, aut susceptum semel commentarium varietate condire, vbertas tamen & fertilitas fideicommissorũ, meam fidem ad eius confectionem, ac veluti profligationem, inuitaret. Idque faciam, maximè vobis adiuuantibus, & conatus nostros fauore ac benignitate vestra prouehentibus. Et vt ne vos per longa exorsa morer, rem ipsam statim attingam, vbi veteris

culturæ nostræ ac laboris confinia paulò altius,idque breuissimè repetiero. Fideicommissorum ius aut vetus est,aut nouum,aut nouissimum.De antiquo illorum iure certis capitibus dixi. De media autem, & nouissima eorum Iurisprudentia non pauca institui capita. Atque in summa, sex diuisionibus fideicommissorum operosè propositis, in explicanda vltima cùm versarer, iustam nostram operam interpolauit ferias Academiæ præco denuntians, sequuta lectionum ordinariarum interruptione, quæ tamen earum non tam filum abscidit, quàm sustinuit. Nunc enim operam nostram repetere institui, & dilata cõiungere,tantaque alacritate ad finem ferri, vt nisi quid transuersarij incidat,intra paucissimos dies,luculentissimum hunc tractatum ad vmbilicum perducere polliceat.

De clausula codicillari,eius causa,& formulis.

CAP. I.

FIDEICOMMISSA etsi in testamẽtis fieri possint, quinimo & directè relicta,aut data,verti potuerint vi clausulæ fideicommissariæ in precaria, l. codicillis. §. qui Semproniam. D. de vsu & vsufr. legato. vbi in ima parte testamenti hæc clausula dicitur adiecta: *omnem uoluntatem meam fidei heredum meorum committo,* maximè tamen in codicillis, & ab intestato valent. Sæpe enim testamenta in codicillos conuertuntur. Itaque Imp.ex testamẽto agere, & ad fideicõmissum migrare seu adspirare opposuit, l. vlt. C. de cod. Quo sensu ait Iurec. in causam fideicommissi & codicillorũ,vim prioris testamẽti cõuersam, l. quę rebatur.D.de mil.test.Quod quidem contingit

potestate

poteſtate clauſularũ adiectarũ, quibus petit, aut petere videtur teſtator ab inteſtato, vt quaſi codicillis valeat quod reliquit. Interpretes clauſulam codicillarẽ appellant, in qua codicillorum mentio fit, quorum quãquam mentio non fiat, vi tamen & poteſtate eò referri poſsit, idem effectus ei tribuatur. De hac ergo clauſula, cuius vtilitas ingẽs, his capitibus videamus, vt de cauſis eius, formulis, diuiſione, effectu, impotẽtia eiq; adfini clauſula, *omni meliore modo*, breuiter inquiramus. Cauſam refert Iurec. in l.3. D. de milit. teſt. ad fortuitos caſus, quibus deſtitui poteſt teſtamẽtum aut infirmari, ſiue iure ciuili, ſiue prætorio. Iure ciuili, ſi non iure factũ, ſi nullũ, ſi ruptũ eſt. Iure prætorio, ſi præteritus emãcipatus petit bon. poſſ. contra tab. l. 1. D. de bon. poſſ. cõtra tab. Hodie cauſa præteritionis etiã in emãcipato addi debet, aliàs nõ iure prætorio, ſed ipſo iure infirmatur teſtamẽtũ, vt notat Accurſ. in auth. de hered. & Falcid. §. exheredatos. verſ. noluit. His omnibus caſibus ſuccurrit clauſula codicillaris, quæ variè tamen concipi ſolet. Vel enim teſtator vult, pro codicillis ſuum teſtamentum valere, l. ſi iure. C. de teſtamen. man. l. vltim. C. de codic. vel vice codicillorum, l.3. D. de milit. teſtam. l. vlt. in princ. de legat. 2. vel quaſi codicillos, l. 1. D. de iure codicil. vel inſtar codicillorum, l. illud. §. 1. D. eodem. Hodie fere ita enunciatur, *ſi non ualet iure teſtamenti, ualeat iure codicillorum.* Accurſ. d. l. vltim. C. de codicil. verbo valere. Poteſt & ita concipi, *ualeat iure teſtamenti & codicillorum,* quo caſu copula in diſiunctiuã reſoluitur, Bart. in l. ſi Titio. D. de vſufr. legat. Sunt & aliæ formulæ, in quibus licet nulla ſit codicillorum mentio, eiuſdem tamen ſunt poteſtatis. Quatuor obſeruaui

integras vt ab ipsis testatoribus prolatæ sunt, quarum tres latinæ, quarta Græca, l. Titia. D. de inoffic. testam. l. pen. in fi. de legat. 2. l. 9. de leg. 3. l. ex ea. D. qui test. fac. poss. in qua illa verba, ἐπὶ πάσης ἐξουσίας, latine reddi possunt, *quomodocumque licebit*, vt iudicari possit, illam formulam accedere ad vulgarem clausulam, *omni meliore modo*, de qua postea dicemus. Hac tamen simplicitate veterum Iureconsultorum non contenti interpretes nostri, illorum inuentis adiiciendum crediderunt, & tenorem clausulæ reformarunt. Non enim satis esse putauerunt, si verbo pręsentis temporis enuntiaretur, sed etiam in futurum quibusdam casibus addendum hoc pacto censuerunt, *si non ualet, uel ualebit*. Qua formula tum demum opus esset, quãdo testamentum ab initio valuit, sed ex post facto vel ruptum est natiuitate postumi, vel subuersum per querelam inofficiosi. Nam statim valet, ex post facto rumpitur aut euertitur, §. postumi quoque. Instit. de exhered. lib. l. Papin. §. vlt. D. de inoff. Ego hac cautione & inutili adiectione opus esse non existimo, cùm ex mente pronuntiantis, præsens tempus futurũ aliquando concipiat, l. si seruitus. de seruit. vrb. præd. l. 4. D. de pet. hered. l. si stipulatus. 76. §. 1. D. de verb. oblig. l. 1. in princ. D. si cui plus quàm per leg. vbi, *est*, pro, *sit*, positum: aut vice versa futurum pręsens, l. verbum oportebit. D. de verbor. sign. & futurum præteritum, l. verbum erit. D. eod. Denique tam manifesta frequensque est heterosis apud Iureconsultos, vt exẽpla numerum superent. Quid? illa verba, *si non ualet*, nõne sic resolui debent, *si non poßit ualere?* Atqui verbum, *potest*, quis dubitat, extensiuum esse, & ad futurum referri? l. si quis. 51. de leg. 2. notant DD. in l. qui

Romæ.

Romæ. §.duo fratres. D.de verb.obligat. Aduertisse verò interpretes oportuit, de fideicommissis hic agi, in quibus voluntas, non verba dominantur, & quam attendere in eiusmodi mutationibus debeamus, d.l. verbum erit. Ex veteribus quidem Petrus Iacobus in summa auth.ex causa.C.de lib.præter.quamuis adie-ctionem probet, non negat tamen quin & sine ea valeat iure codicillorum, quod & rationibus Accursij, & auctoritate Odofredi firmat.

An verum sit, clausularum codicillarium alias expressas, alias tacitas esse.
CAP. II.

AT VERO, si quotuplex sit hæc clausula quæratur, respondebunt interpretes non tantùm expressam, sed tacitam esse. Tacita autem ex illorum sententia est, quæ semper inest, etiam non adiecta exemplo pacti & stipulationis, l. iurisgentium. §. quinimo. D.de pact.l.vn.in princ.C.de rei vxor.act. Nos verò tacitam nullam clausulam esse existimamus, quæ quia facti est non præsumitur, nisi de ea constet. Itaque ait Iurecons. *codicillos nõ faciet, nisi hoc expressum est*, l.coheredi.§.cum filiæ.in fi. D. de vulg. & Imper. *si non ab intestato quoque succedentes rogati probentur*, l.ex testamento. C. de fideicom. item, *cùm non fuisset adiectum, ut pro codicillis scriptum ualeret*, l. si iure. C.de testam.man.& plenius Theod. *nisi si id ille complexus sit, ut uim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere*, l. vltim. C. de codic. Idque ab iis scribebatur, cùm frequens esset clausulæ codicillaris vsus, l. 3.D. de milit.testam. Quapropter ex interpretibus nostris

Curtius in l. precibus. C. de impub. male credidit, nō adiectam debere pro adiecta intelligi, cùm vulgò, inquit, adiici soleat, ne notarij oscitantia vltimis iudiciis præiudicium adferat. Quæ sententia meritò à Viglio damnata est, in §. masculo. Instit. de pup. subst. mihi verò iratis legibus, quas ante produxi, scripta esse videtur. Denique tantum abest ex Curtij sententia, semper intelligēdam clausulam, vt ne quidem per compendium, & illam vulgarem notariorum notam, *& cetera*, induci posſit. Agimus enim de voluntate testatoris, non consuetudine notarij tuenda, errantq; perniciosè quibus aliter videtur. Quòd si aliūde probari posſit, testatorem clausulam enunciasse, nota illa in litteras orationem clausulæ conficientes meritò vertenda erit, suaque vis clausulæ tribuenda. Sin verò non aliter appareat, quàm ex fracta & decurtata notarij scriptura, pro expressa non haberi verius est, quia non exprimit mentem & conceptum testatoris, arg. l. si is qui. D. de testam. l. fideicommissa. §. 1. de leg. 3. Sicque puto Crauetæ responsum 34. in fi. capiendum, qui Calcanei exēplo, notæ illi nihil in præiudicium voluntatis tribuendum putat. Modestiores sane Curtio ceteri interpretes, tres tantùm casus receperunt, quibus inesset clausula etiam non adscripta, quos postea examinabimus. Non abnuerim tamen quædam clausulæ vice fungi, & vim eius retinere, cuius generis duo exempla obseruaui. Primum est, in iureiurando, l. cùm pater. §. filius matrem. de legat. 2. Enixæ enim voluntatis preces ad omnem succesſionis speciem porrectæ videntur. Qua ratione & nostri recipiunt iusiurandum esse clausulæ derogatoriæ vice, Bald. l. sancimus. C. de testamen. Guido Pap.

Pap.decisio.128.Item,loco clausulæ sunt ipsi codicilli,in quibus quæ directò relicta sunt,vertuntur in fideicommissum etiam sine clausula,l. Sceuola. D. ad Trebell. dum tamen se codicillos facere, non testamẽtum, testator existimet, l.illud.§.1.D.de iure cod. Adderet Accursius tertiam visionem,quæ tamen potius vtilis ac intellecti fideicommissi exemplum est, puta, cùm ratione personæ nunquam valere potuit directa pupillaris substitutio, facta in testamento. Quod euenit,cùm ab extraneo, cùm à patre puberi vel emancipato, cùm à matre impuberi fit. Nam quin fideicommissum contineat, etiam sine clausulæ expresione,nõ dubitauit idem in l.verbis ciuilibus. ibique Bart.& melior interpretum pars. D. de vulg. idque pro eximio notauit Matesi.sing.140.Quæ sentẽtia quamuis à quibusdam in dubium vocetur,quorum rationes Alexand.refert in d.l. verbis ciuilibus. num.11.verissima tamen & æquissima est, hodieque potissimum admittenda, quo tempore rigor verborum,siue in institutionibus,siue in substitutionibus, non vt olim seruatur,l.quoniã indignum.C. de testament.Neque nocet §.vlt.Inst.de pupil.quo loco non cauetur disertè, fideicommissum expressum esse debeat, an verò vtile intelligatur. Quin verò vtile interpretemur ac testamentarium, non ab intestato relictum, nulla causa est, cùm voluntas per ea verba non dubia sit,nihilque in testamentis superfluum aut inutile esse debeat, sed ita omnia capienda sint, ne frustra relictum videatur,l.si quando.109. de legat.1. Melius est igitur,vt in d.§.vlt. verbum, *obliget*, pro, *obligare uideatur*, positum sit. Non obstat etiam l. si frater.C.de fid.in cuius specie non dicitur, compen-

dio verborum tractum temporis habentium, vltra pupillarem ætatem substitutionem factam fuisse,quæ alioquin sufficerent ad fideicommissum colligẽdum, vt dixi. Itaque cùm ait Imper. *si uerbis fideicommissi aliqua parte testamenti confirmata est*, illa quæ diximus verba non excludit, aut ad expresionem eorum testatores adstringit, cùm certum sit sufficere, si vel ex verbis quibuscumque, vel aliis præsumptionibus & coniecturis, mens relinquentis colligi posit. De mẽte autem quis dubitauerit, cùm *si sine liberis decesserit*, aut, *quandocumque decesserit*, concepta est substitutio? Misera enim diligentia, & anxium verborum studium, si illa in parte iuris, in fideicõmissis superhabendum est. His igitur exemplis duobus prius adductis, nam tertium fideicommissi testamentarij vtilis species magis est, clausulæ instar quædam esse, eamq; supplere apparet, nec tamen tacitæ clausulæ casus esse rectè dicemus. Non enim tam inest clausula, quàm clausulæ vice aliquid fungitur.

An verum sit, vllis casibus clausulam codicillarem testamento inesse.

CAP. III.

TRES casus vt dixi, interpretes cõminiscuntur, quibus clausulã inesse volunt, nẽpe in testamẽto inter liberos, in testamẽto militari, ac tertiò in eo testamento, quo propter liciti amoris ardorem, vt illi loquuntur, ad hãc fictionẽ peruenimus: quæ tria falsa esse demõstrabo. Nam vt summatim dicã, fauet hæc interpretũ doctrina intestatę potius quã testatę successioni contra Iureconsultorum morẽ, iurisq; regulas.

De

De testamento inter liberos* primus id credidit Accursius in l.coheredi.§.cum filiæ.D. de vulg. contra legis, quam interpretabatur, verba & sententiam. Ibi enim pater inter liberos testatur. Et tamen, vt ante dixi, ait Iureconsultus, *codicillos non faciet, nisi hoc expressum est.* Ceteri interpretes eam Accursij notam probarunt,& tamquam certi iuris admiserũt, licet à iure & iuris rationibus prorsus alienam. Cuius enim fauore intelligemus inesse? An extranei? Atqui cùm fauent leges liberis, extraneum repellunt, l.vltim.C.fam.erciscund.l. hac consultissima. §.ex imperfecto.C.de testam. An ipsorum liberorũ? Atqui magis onerantur tali clausula. Quod enim ex testamento caperent & iudicio patris, habebunt ab intestato, & quod recta via illis deferretur, capient per mediam restituentis personam. Præterea testamentum inter liberos plura priuilegia, fauores ampliores continet,minoribusque solemnitatibus peragitur quàm codicilli, in quibus quinque* testium numerus requiritur, l.vlt.C. de cod. à qua obseruatione liber est vltimus parentum inter liberos stylus, l.vlt.D.fam. erc.l.hac cõsultissima.§.ex imperfecto. cum duab. authen. seqq. C. de testam. Hanc igitur interpretationem clausulæ, quæ liberis damnosa onerosaque est, non adiuuari dicemus voluntate patris, qui potius liberis voluit esse consultum. Voluntas autem sola in fideicommissis regnat. Sed fingamus, præteritione aut natiuitate postumi, nullum ruptumve fuisse testamentum, an hoc in testamento clausula inerit? Nequaquã,nisi in damnum & necem præteriti,vel nati.Quibus cùm leges faueant in eo,vt vel nullum faciant, vel rumpant testamentum, non

debet clausulæ intellectu præiudicium eis inferri, & in odium eorum cōuerti quod fauore inductum est. Nam nullo vel rupto testamento, succedent cum aliis fratribus ab intestato viriliter: per clausulę verò intellectum legitimam tantùm cōsequentur. Si verò de inofficioso agamus, quomodo intelligi poterit clausula, quæ etiā expressa nihil efficiat? l. Titia. D. de inof. test. Quòd si inesset clausula hoc casu, solui deberent legata & fideicōmissa. Atqui non debentur, nisi à legitimis petitū sit, id est, nisi expressa sit clausula, l. generaliter. §. ex testamento. D. de fid. lib. Credo autem Accursium tacitè ab illa friuola sententia recessisse, cùm in auth. ex causa. C. de lib. præter. quęrit, an per clausulæ expressionem, heredes scripti possint, tamquam ex fideicōmisso, petere à legitimis hereditatem. Nā si tacitè inesse putaret, cur eius expressionem vrgeret. Nihil enim addere iuuat, quæ satis intelliguntur. Secundus casus intellectæ clausulæ constituitur à Doctoribus in militari testamēto, arg. l. 3. D. de mil. test. In qua potius hoc dicitur, eum qui voluit testari iure communi, non renuntiasse priuilegio militari. Ideoque imperfectum eius, iure communi testamentum, iure militari valebit, non vi clausulæ tacitæ, sed ex priuilegio militari, cui non renūtiauit, quodque pinguius est clausulæ potestate. Miles enim, quandocūque vult & potest testator etiā sine testibus, toto tit. de mil. test. cùm tamen, vt diximus, codicilli testes desyderēt. Præterea codicilli intestatum militem faciunt, priuilegium militare testatum, inter quę longa est differentia. Denique militare testamentum in codicillos non vertitur, contrà codicilli iure militaris testamenti censentur, l. conficiuntur.

ciuntur.§.si miles.D.de iure cod. In d.l.3.comparatio, quam instituit Iureconsult.pagani & militis nostros in errorem rapuit. Atqui eo fit consilio, vt ostendat vtroque genere tam milites quàm paganos disponere de rebus suis, vt quod vno non valet, alio saltem teneat. Melius inde colligas, quod & facit Bartol. consi.220.in princ.clausulam, *si non valet iure communi, valeat iure militari*, potius in militum testamentis semper inesse, quàm clausulam codicillarem. Differunt enim inuicem hæ duæ, clausula codicillaris intestati causam respicit, illa testamentariam. Tertiò fingitur à nostris clausula inesse ob ardorem, vt illi volunt, liciti amoris. Quod quidem ex consequentia primi casus maxime admittunt, vtunturque argumento, l.in testamento.D.de fid.lib. Cuius etiam amoris occasione, legatum rei alienæ, quam suam esse putauit testator, valet contra iuris regulas, l.cùm alienam. C. de leg. Sed vt item hunc casum commentitium esse putem, nec eius prætextu ad clausulæ interpretationem descendendum, ex primi casus refutatione adducor. Nam si in testamento inter liberos non intelligitur clausula, nec illius etiam liciti amoris prætextu debet aliàs admitti. Neque iuuat eos d.l.in testamento. quæ decretum Imp. continet, quo confirmatur manumissio alumnæ à filiis facta, cui pater libertatem in testamento imperfecto reliquerat, probatque Imperat. officium filiorum in exequendo patris voto, & libertate, quam neque testamentario, neque legitimo iure debebant, præstanda. Non quidē testamentario, quia imperfectum manserat testamentum: non etiam iure legitimo,
quia

quia nihil ab iis pater ab intestato petierat. Non igitur filios coegit Imp. ad manumisſionem, ſed eam probauit,ac pronuntiauit rectè manumiſſam.Fateor non interueniſſe clauſulam, ſatiſque oſtendit Iureconſ. his verbis, *etiamſi nihil ab inteſtato pater petiſſet.* Sed ad manumiſſionem filij proceſſere, non ciuili aliquo vinculo coacti, verùm naturali tantùm obligatione inuitati. Et ideo pietatem, tamquam naturalis obligationis cauſam, vrget Imp. cùm ait: *pios tamen filios debuiſſe manumittere eam.* Quæ verba naturale potius, quàm ciuile vinculum reſpiciunt. Conſequens igitur erat, vt cùm ex parte voluntati patris liberi vltro paruiſſent, in reliquum cogerentur,& ad fideicommiſſa cum libertate relicta pariter præſtanda tenerentur. Et iure meritoque ita decreuit Imp. in d.l.in teſtamento. ne manca eſſet defuncti patris volũtas, cui iam pro parte liberè paruiſſent filij. Ex qua id demum colligere nobis licet, eum qui parere cœpit pio defuncti voto, cogi poſſe adimplere, quamuis ab initio non potuiſſet. Idque extraordinario auxilio,& cognitione potius quàm iure actionis. Sicut & in alia non multùm diſsimili ſpecie iudicis officio ſeruo præſtari puto, quod actione non deberetur, puta, cùm in l.pe.§.illo videlicet.C.de neceſs. & ſer. hered.inſtit. Iuſtinianus ait: *non tamen ita impij heredes exiſtãt, ut liberalitate teſtatoris ſeruiles labores debita remuneratione defraudare conentur, & non derelictum licet adhuc ſeruis conſtitutis donent.* Qui caſus ab hac noſtra principali cognitione diſtat, quia expreſsè legatum ſeruo ſine libertate relictum eſt. In cognitione autem d.l.in teſtamento. vtrumque tacitum erat,& libertas, & legatum. In ſpecie Iuſtiniani nõ pręceſſerat libertatis

tatis datio, hic secus. Non igitur vi clausulæ subintellectæ processit decretum, vt falsò interpretes pùtant, sed inceptæ executionis: cùm multa quæ ab initio sunt voluntatis, ex post facto necessitatis existant, l.sicut.C.de act.& oblig. Alioqui satis habuisset Imp.libertatem confirmare, arg.l.Antoninus.D. de fid.lib. Itaque modestiùs ceteris Bald. in l.si iure. C.de testam.man.putauit d.l.in testamento. dispositionem tum demum locum habere, cùm de fauore libertatis agitur, nec ideo facilè ad aliàs species producendam. Postremò, ne clausulæ tacitæ interpretationem propter affectum personarum iuuabit l.cùm alienam.C.de legat. Quia etsi coniunctio ac charitas personarum in testamento, vertat legatum in fideicommissum, & benigniorem ac humaniorem sententiam recipiat, non tamen efficit, vt à causa testamenti ad intestatam deueniamus, nisi apertè testator voluerit. Dissimilis est igitur à clausulæ intellectæ potestate species d.l.cùm alienam.nec ad eam interpretatione trahenda est, & in qua ex fideicommisso testamentario potius, quàm legato, debetur res aliena ignoranter legata, vt ex iis manifestum est quæ initio huius diuisionis diximus, non autem ex fideicommisso ab intestato.

Per clausulæ adiectionem in testamento infirmo, fideicommissa aliquando ex testamento, aliquando ab intestato deberi. CAP. IIII.

EFFECTVS autem primus clausulæ est, vt destituto aut infirmato testaméto, transire liceat ad fideicommissi interpretationem. Hæc enim duo opponuntur, ex testament o agere, & ad fideicomissum migrare,

migrare,l.vltim.C.de cod. Destituitur autem, non aditione: infirmatur aliis vitiis, de quibus sub tit. Instit.quib.mod.test. infir. Et quemadmodum si nemo subeat hereditatem, omnis vis testamenti soluitur, l.si nemo.D.de reg. iur. quinimo & ipsa fideicommissa testamentaria, l.ille à quo.§.1.D.ad Treb. l.ex testamento.C.de fid.l.2.in fin.D.de iure cod.Sic confirmatio quæ fit per clausulam, ad omnia in testamento scripta extenditur. Ergo & heredis institutio, & legata, ceteraque in testamento relicta migrabunt in fideicommissum. Hæc porro fideicommissa, quæ parit clausulæ adiectio, aut sunt ab intestato, aut ex testamento debita. Ab intestato debentur, cùm vnum est & singulare testamentum, non item ex testamento, Itaque ex imperfecto aut nullo testamento, ne quidem ea quæ fideicommissorum verba habẽt,peti possunt,l.ex ea.D.qui test.fac.poss. l.fideicommissa.§.1.de leg.3. Nam cùm vt fideicommissa testamentaria relicta fuerint, non possunt ab intestato deberi,nisi petitum fuerit,l.1.D.de iure cod. l.ex testamento.C.de fid. Sic enim in cõcordiam redigentur iura superiora, prima facie alioqui discrepantia. Debentur autem ex testamento, cùm plura sunt,destinatione magis quàm effectu.Hoc enim casu tamquam in codicillis testamento confirmatis relicta vidẽtur.Finge aliquem decessisse duobus testamentis relictis, quorum prius validum est iuréque factum,posterius imperfectum.Primum per secundũ non infirmabitur,l.cùm in secundo.D.de iniusto rupto. sed secundo relictũ beneficio clausulæ adiectæ, in vim fideicõmissi testamẽtarij sustinebitur. Alioqui sine clausula nihil ex eo deberetur,l.si iure. de leg.3.

arg.

ar.l.1.D.de iure cod.Ex aduerſo,ſi ponamus duobus teſtamẽtis rite perfectis aliquem deceſsiſſe prius ipſo iure infirmabitur,§.poſteriore.Inſtit. quib. mod.teſt. infir. omnia tamen in eo ſcripta ſaltem vt fideicommiſſum valebunt,& in cauſa fideicõmiſsi erunt,ſi id petierit in ſecunda voluntate teſtator,l. poſtumus.§. vlt.D.de iniuſto rup.in qua forte Iurec. verba ſic diſtinguenda ſunt, *fidei heredis committere, ut priores tabulæ ualerent omnimodo*, id eſt,ἐπὶ πάσης ἐξουσίας vt ait Iurec.l.ex ea.D. qui teſt.fac. poſs. Quid verò dicendum,ſi in primo clauſula adiecta ſit, in ſecundo non item, an per poſterius clauſula fideicommiſſaria extincta erit? Idque Bartolo viſum eſt in l.1.n.20.D.de iure cod.quem ſequor,& laudo.Ratio ipſius eſt,omnia quæ in primo ſcripta ſunt poſteriore infirmari.At verò ex præcedenti collectione validiorem huiuſce rei petendam rationem exiſtimo.Nam cùm eiuſmodi prius teſtamentũ nõ poſsit valere,niſi vt codicilli ante teſtamentũ confecti,non aliter etiã valebunt,quã ſi teſtamento quod poſtea factum eſt,vel ſequẽtibus codicillis confirmentur.In hoc enim differunt codicilli ante teſtamentum,ab iis qui poſt facti ſunt. Hi enim confirmationẽ non deſyderant, l.ſi quis cum. in fi.D.de iure cod.illi non valent,niſi voluntas eorũ quocumque iudicio retineatur,l.ante tabulas. D.eo. Ex quibus aptanda eſt interpretatio l. ſi quis priore. D. ad Trebell. vt in eius ſpecie dicamus fideicommiſsi verba non primo ſed ſecundo teſtamento inſerta fuiſſe, quod ibi tamen plane non exprimitur. His ergo caſibus,vt dixi,quibus plura ſunt teſtamẽta numero magis quàm poteſtate, non poteſt valere fideicommiſſum ab inteſtato vi clauſulæ, ſed quaſi

ex codicillis confirmatis, id est, tamquam fideicommissa testamentaria solent. Confirmantur enim codicilli, aut in præteritum, aut in futurum, l.conficiuntur.D.de iure cod.l.siue initio. C. de cod. Nam ab intestato non valere, ex eo manifestum est,quia subsistit testamentum.Qui autem ab intestato venit, nihil ex testamento debet, l. si quis testamento. 81. de legat. 2. Atque ex his apertum est male Baldum existimasse in l.si filius qui in potestate.D.de libe. & post.ab intestato tantùm locum esse clausulæ, cùm etiam potestas illius testamentarium heredem adstringat.

An semper verum sit, clausula in testamento apposita habente effectum, causæ testamentariæ locum non esse.
CAP. V.

ALTERVM clausulæ ius est, vt cùm effectum ac vim habet testamentum, in quo inseritur, nunquam vt testamentum valere possit, l.vltim.C. de cod. Clausulæ enim effectus & testamenti nunquam possunt concurrere, l. 3. D. de militari testam. Itaque cùm clausula incerta est, ab intestato petitum dicitur, l.ex testamento. C.de fid. & hereditas data ab intestato successoribus est postulanda, l.eam quam.C.eod. Quod intelligo, cùm vnum & singulare est testamentum. Nam si plura sint, aliud ex præcedentibus esset cóstituendum. Sed fingamus ex testamento aditam hereditatem, quo demum sequuto omnis defuncti voluntas rata constituitur,l.si patroni.§.2.D.ad Trebellian.si tamen clausula fuerit incerta,

inſerta,an proderit ſaltem ad fideicommiſſum teſtamentarium inducendum in iis, quæ iure directo valere non poſſunt, & pro voluntate contra verborum naturã pugnandum erit? Quod interpretes exiſtimãt, putantque clauſulæ formulam, *ſi non ualet, &c.* hanc interpretationem recipere, *quatenus non ualet*, vt qua parte iure teſtamenti non valet,iure ſingulari codicillorum ſuſtineatur.Bartòl.in l.Papin.§.meminiſſe.D. de inoff.teſt.& in l.quamquam.C.ad leg.Falcid.Sane non dubito,quin proprius vſus clauſulæ ſit,cùm vnũ eſt teſtamentum, vt per eam petatur aliquid non ex teſtamento,ſed ab inteſtato, vt ſupra dixi. Si teſtamento valido adiiciatur, quod aditione confirmatũ ſit benignius & humanius erit, clauſulam ſic interpretari, quaſi dixiſſet teſtator, *ſi non ualet iure directo, ualeat iure fideicõmiſſi:* aut verò ſic *omnem uolũtatem meã fidei heredum meorum committo.* l.codicillis. in fin.D.de vſu & vſufr.leg. ex qua cõſtat in ima parte teſtaméti adiici ſolitam eam clauſulã fideicommiſſariam. Ergo clauſula codicillaris in fideicõmiſſariam vertetur eo caſu. Nam & fideicommiſſa maximè, vt alias dixi, fiunt in codicillis. Neque hoc caſu videtur confundi ius teſtamentorum & codicillorum,cùm ex teſtaméto valeat fideicommiſſum,non ab inteſtato:ſed humanior interpretatio adſumitur volũtatis conſeruãdæ gratia.Si ergo mater, ſi extraneus impuberi directè ſubſtituant adiecta clauſula, putarem directam ſubſtitutioné in fideicommiſſum vtile cõuertendam, ac ſi in codicillis facta eſſet,ar.l.Sceuola.D. ad Treb. talique adiectione iurgium Bartoli & aliorũ in l.verbis ciuilibus.D.de vulg.de quo iam ſuprà non ſemel egimus,tolleretur manifeſtè. Huius interpretationis

beneficio, sunt qui putãt vi clausulæ tantũ fideicõmissum induci in ea specie, qua testator pupillũ instituerit, eiq; substituerit sub cõditione, *si sine liberis decesserit*. Nã in pupillari ætate, inquiũt, valebit vt directa, extra eã vt fideicõmissaria, idq; vi clausulæ: Mathesil. sing. 140. nu. 2. Ego & sine clausula id fieri contendo, vt cũ effectus huius conditionis referrẽ, adnotaui suprà. Excedit enim limites pupillaris substitutionis, & statos eius fines, cum impubes filios suscipere nõ possit. Ergo ex voluntate fideicõmissum interpretamur post impuberẽ ætatẽ, sine adminiculo clausulæ, quæ tamẽ si adiiciatur, nihil huic interpretationi nocitura sit. Neque obstat l. quod fideicommissum. 93. de leg. 1. quia fideicommissum tantũ ab impubere ibi relictũ fuit, non autem etiam à pubere, vt in hac quæstione.

De iure electionis competente heredi ex beneficio l. vlt. C. de codic. CAP. VI.

TERTIVS effectus est, vt ius eligendi competat heredi, qualibet via succedere velit, l. vlt. C. de cod. Ex qua non potest aptari exẽplum ad l. quoties. D. de reg. iur. qua dicitur, quoties duplici iure defertur alicui succesſio, repudiato nouo iure, quòd ante defertur, superesse vetus. Nam hic, non ante defertur succesſio ex testamento, quàm ab intestato, sed simul, eademque dispositione: neque repudiatione opus est, sed electione. Eadem l. vlt. & ius electionis, & tempus eligendi definitum est. Electionis autem huius vt & reliquarum, hoc cõmune ius est, vt ea semel consumpta, ad viã quã dereliquit, adspirare amplius non posſit, quod & aliàs obseruari solet, l. cùm pater. §. variis. de leg. 2. l. quod in heredem. §. eligere. D. de

D.de tribut.l.nemo ex his.§.quoties.D.de reg.iur.Sane ſi ex earum perſonarum numero ſit,quæ teſtatori affectu & charitate coniunctæ ſint,variare poterit,d. l.vlt.§.ſi quis verò.quò tamen loci promiſcua electio minime datur, ſed tantùm à teſtamentaria cauſa ad inteſtatam vergere cõceditur.Tẽpus autem optionis Imperator vult eſſe ab ipſis intentionis exordiis, & ſtatim inter ipſa iuris auſpicia. Ergo antequam vel bonorum poſſeſsio prætoria ei detur,vel in poſſeſsionem mittatur ex beneficio l.vlt.C.de ed.Diui Hadr. toll.Ex quibus manifeſtum eſt, aditione hereditatis confirmato teſtamẽto,vim clauſulæ euaneſcere, quoad inteſtatam ſucceſsionem. Nam vt in ſecundo effectu dixi, benigne quidem fideicommiſſum teſtamentarium poteſt adhuc producere.

Clauſula codicillari adiecta,heredem impune teſtamenti cauſam deſerere. CAP. VII.

QVARTO efficit clauſula, vt ex voluntate teſtatoris, ab inteſtato poſsideat hereditatem, ſcriptus heres.Itaque impune teſtamenti cauſam deſeret,neque incidet in Prætoris edictũ, ſi quis omiſſa cauſa. cùm vſus ſit ea facultate,quam teſtator ei cõceſsit,l.quia autem.in princ.& §.1.D.ſi quis om.cauſa teſt.Sicut de eodem herede dicitur,& inſtituto, & ſubſtituto, qui in edictum illud non incidit,quaſi ei teſtator hanc facultatẽ dederit,l.1.§.2 D.eod.Nõ minus tamen cogetur præſtare legata conuerſa in fideicommiſſa ab inteſtato.Sed hæc erit ratio diuerſitatis, vt cùm ex volũtate defuncti cauſam teſtamentariam omittit heres,& amplectitur legitimam ſucceſsionẽ, legata & fideicommiſſa tam ex teſtamento quàm ab

inteſtato contribuātur, quaſi exæquata. Nam ſi heres in edictum incidiſſet, prius legatorum quàm fideicōmiſſorum ab inteſtato relictorum habenda eſſet ratio. Et ſic Iuliani ſententiam interpretatur Vlpianus d.l. quia autem.§.1.Quintus clauſulæ effectus eſt, vt per eius adiectionem conſtet, noluiſſe defunctum abſolutè condere teſtamentum, quod aliquando ambiguum eſt, l.illud.§.1. D.de iure cod.

Adiectione clauſulæ codicillaris, tanquam fideicommiſſa ab inteſtato præſtari, quæ in teſtamento ſui præteritione nullo, aut poſtumi natiuitate rupto relicta ſunt.

CAP. VIII.

SEXTVS clauſulæ effectus, & quidem omnium maximus, hic eſt, vt eius adiectione, quāuis filio aut poſtumo præterito, id eſt, vel nullo vel rupto teſtamento, vertatur eius cauſa in fideicōmiſſum. Hoc totū vt clarius intelligatur, diſquirendū eſt, an omnia in teſtamento ſcripta hanc mutationem admittant, & tam inſtitutiones, quā legata, ceteraq; ab inteſtato debeantur. Et verò hoc itē cōmodè explicari nō poteſt, niſi prius inueſtigauerimus iā dudū agitatā quæſtionem, vtrū auth.ex cauſa.C.de lib.præt.locū habeat in filio ſuo, aut poſtumo præterito. Nā ſi eò vſq; porrigi dicamus, legata ex teſtamento ipſo debebuntur, vt monuimus ante, inſtitutio ſola in fideicōmiſsū vertetur. At verò ex veteribus, iiſdēq; lectiſsimis, nō deſunt, qui fines d.auth.eò vſq; porrigi negent. Et quidē in poſtumo nominatim loquitur Accurſ. in l.1.C. de poſt.her.inſt. Azo in ſumma C. de lib.præt. Odofredus, Oldradus, Martinus, Dynus, Butrigarius, aliique,

que,quos refert & sequitur Bart.cõs.13.nu.10.extatq; in eã rem cons.Oldradi.138.149. Cõtra quos surrexit cõmunis schola,vt Alex.ait in d.auth. nu. 17.quæ ad postumos vult etiã Nouellã pertinere.Sed & Petrus Iacobus vetustissimus interpres, vbi ex professo de hac auth.agit,propositis talibus veterũ sentẽtiis,hãc cõmunem sequitur,quã Bartolus superioris sententię fautor in d.auth. ex causa. vt in re dubia & ancipiti fieri solet, distinctione temperat. Alij deinde alias adinuenerũt,quæ repeti possũt à Tiraq.in l.si vnquã. C.de reuoc.donat.ver.donat.largitus.nu.263. cũ seq. Nobis potior videtur veterũ sententia,vt rupto natiuitate postumi testamento,non solũ institutio irrita sit,sed &in eo scripta.§.postumi Inst.de exher.lib.l. 1.C.de post.hered.inst.quã producendã putamus,& ad omnes casus,quibus testamentum infirmatur, aut rescinditur, excepta via querelæ inofficiosi, vt ad eã omnia vitia pertineãt,de quibus illo titulo agitur, de iniusto,rupto, &c. Eoq; magis in hãc descẽdo, quia tot circuitus distinctionũ, quas passim DD. inuehũt, respuit& simplicitatẽ legibus amicã magis cõseruat; vt omittã rationibus nõ destitui,quibus Oldradus,& Bartolus respõsa sua fulciũt.Nobis his potissimũ niti placet,vt dicamus Iustiniani Nouellã legẽ ad inofficiosa tantũ testamẽta pertinere, nõ quidẽ,vt querela tollatur,aut vis eius infringatur,quod ex veteribus ab Accursio relatis male quidã existimarũt, sed vt iura eius clariora certioraq; reddãtur.Nã cũ olĩ exheredatio & pręteritio sine causis fierent,de quarũ iure apud centũuiros disceptabatur,& quarũ numerus incertus atq; arbitrarius erat,primus Iust. Nou.sua 115.§.aliud quoq; capitulũ. cũ seqq.exprimi causas in exhereda-

tione ac præteritione constituit, numerúque earũ definiuit, sic vt hodie sẽper exheredatio aut præteritio cũ elogio fiat, nõ arbitrario, vt olim, sed iure legeque cognito, quod ante nõ erat. l. 1. §. idẽ ait. D. de Carb. ed. Itẽq; adiecit, vt subuerso per querelã testamento, institutio sola rescinderetur, legatis & ceteris in suo robore manentibus, atq; ea parte testamento minime cõuulso. Hæc autẽ maxime firmãtur Iuliani antecessoris Nou. interpretis probatissimi auctoritate, qui in §. siue igitur. d. Nou. 115. vnde excerpta auth. ex causa. C. de lib. præt. hãc epigraphẽ præposuit, *De inofficioso testamẽto*. Vnde cõiicere licet definitionẽ Nou. casus illos respicere, quibus de inoff. queri licet. Id verò fit, vel propter iniustã exheredationẽ, aut propter indignã præteritionẽ, l. 3. cũ seq. D. de inoff. test. Cõstitutio igitur de vera exheredatione, id est, quæ à patre, de vera itẽ præteritione, nẽpe quæ à matre fit, loquitur, quod & monuit rectissimè Accurs. in d. §. aliud. nec omisit tẽporibus iisdẽ nõ cõtẽnendus interpres Odofr. d. auth. ex causa. Cũ enim hæc duo, *præteritio*, & *exheredatio*, iũgũtur, illa perpetuò ad matrẽ: hæc ad patrẽ refertur, toto tit. D. de inoff. test. Quo exẽplo, puto etiã præteritionẽ hic intelligi, quæ pro exhered. est, qualis est emãcipatorũ. Itaq; & hi si querela agẽt, locus erit constitutioni, sicque visũ est Odraldo cõs. 138. Dico igitur, siue causa in exhered. aut præteritione nõ fuit inserta, siue inserta nec probata, querelã eo nomine cõpetere. Et quãuis nullũ diceremus, nõ tamen esset impedimẽto querelæ. Non enim vt ceteri interpretes existimant, & ex vetustioribus Odofr. tã in d. auth. ex caus. qu m l. fratres. C. de inoff. ipso iure nullũ est testamẽtum causa nõ inserta, quod satis verba

Iustiniani

Iustiniani refellunt in d. Nouella, cùm his non semel vtatur, *testamentum subuersum, rescisumque*: idque cũ formam exheredationis præscribit tam ascendentibus, quàm descendentibus. Necesse est ergo ante fuisse. Non enim rescinditur aut rumpitur, quod ab initio non valuit, aut ipso iure fuit infirmatum, arg. l. nam etsi sub conditione. vers. puto. D. de iniusto. rup. l. in causæ. D. de minor. l. si libertus. D. de iure patro. Ipse Iulianus antecessor in d. Nou. ait institutiones infirmari, tolli, refutari. Quæ verba nemo latæ sententiæ esse dixerit. Ex quibus patet de præteritione paterna non loqui Nouellam, siue suus sit & iam natus, siue postumus. Nam vt de suo loquar, statim & semper nullum est iure ciuili testamentum, l. 1. D. de iniusto rupto. Postumi autem pręteriti natiuitate totum rumpitur, l. 3. §. ex his. D. eod. §. postumi. Inst. de exhered. lib. Et ex rupto testamẽto nihil deberi, nec peti posse, iuris esse explorati rescripsit Imp. l. 1. C. de post. hered. inst. Nec opus est querela, cũ ipso iure fiat, vt dixi. Et quamuis dubitari maxime possit de iure querelæ eo casu, quo causa inserta nõ est exheredationi aut pręteritioni, quasi tunc rite factæ non fuerint, & quarum forma, quam Iustinianus dedit, neglecta sit, sic vt statim tãquam non iure factũ testamẽtum, nullius momenti esse videatur, d. l. 1. D. de iniusto rup. tamẽ non dubitabimus querelam testamento rescindendo concedere, edicti perpetui exemplo, quo non denegatur bonorum possessio, etiã filio suo pręterito, ac proinde nullo testamento, l. is qui. in princ. cũ l. seq. D. de leg. præst. Quinimo nec postumo præterito, quãuis natus ruperit testamẽtum, l. vlt. de ventre in poss. mitt. l. vlt. C. de bon. poss. contra tab. quam prætor lib. pollic. Et

quamuis tam querela quã bonorũ possessio testamẽtum rescindat,l. vt liberis.C.de coll.tamẽ bonorum possessio vt in suis nõ tã rescindit testamẽtum,quàm nouũ iis tribuit auxiliũ,sic querela eo casu,quo cõtra ritum exheredationis aut præteritionis causa minime fuerit inserta,non tã subuertet quã abũdans auxiliũ præstabit.Si verò emancipatus fuerit præteritus,non solũ remedio Prętorio ei succurritur, & illa edicti parte qua prætor contra tab.bon.poss.ei pollicetur, sed & querela,vt in tractatu legitimæ ostẽdi.Inter vtrũq; autem hæc erat differentia, vt si querela agat emãcipatus.Nouellę tenor ad eã porrigatur,& rescisa institutione cetera firma remaneant.At si contra tab.possessionem maluerit,intestatum patremfam. faciat, sic tamẽ vt legata exceptis personis præstẽtur,ex edicto de leg.præst.Quòd si diceremus,& ad suos,& ad postumos præteritos Nouellã pertinere,quãta mutatio aut potius euersio iuris facta esset à Iustiniano?Nã & querelæ ius maxima ex parte sustulisset,& distinctionẽ rupti ac nulli confudisset,eaq; parte Prætoris albũ corrupisset,qua bon. poss.cõtra tabulas emancipato tribuit, quæ illo casu nõ magis videretur necessaria, quã suis olim erat. Hasque iuris plagas timuerũt recipere veteres illi,quorũ vestigia fere sequimur.Ideo contra sententiam aliorum stant audentius, & ius, quod apertè mutatum non est, in aula retinere moliuntur,arg.l.præcipimus.C.de appellat.Sane cũ Iustinianus in l.maximũ vitiũ.C.de lib.prętor.has iuris partes intactas reliquisset,vt ex eius lectione manifestũ est,nemo contẽdat eas sublatas,nisi clara & aperta cõstitutione.Præterea,ipse Odofredus Accursij cõtẽporaneus bon.poss.contra tab.etiã hodie vtilem,nec
Nouuel.

Nou.iure ſublatã,manifeſtè adfirmat in l.filio. C. de rep.bon.poſſ.vt verò,&c.Vt verò ad principalẽ quæſtionẽ reuertamur,ſi in teſtamento præteritione filij ſui nullo,aut natiuitate poſtumi rupto,aut per contra tabulas ab emãcipato reſciſo,adiecta ſit clauſula codicillaris,his omnibus caſibus vertitur teſtamentũ,cũctaq; in eo ſcripta,in ius codicillorũ,& pro fideicõmiſsis ab inteſtato valent, l.ex teſtamento.C.de fid. l.ſi iure.C.de teſtam.man.l.3.D.de milit.teſta. quod in teſtamento rupto natiuitate poſtumi nominatim conſtituitur,l.generaliter.§.ex teſtamento.D. de fid. lib. Et libertates ergo,& legata,ceteraque in eo ſcripta valebunt ab inteſtato, nihil hic iuris obtinente d.authen. ex cauſa. ſiue in futurum concepta fuerit clauſula, ſiue in præſens tantùm, vt ante oſtendi,& inueteratum errorem expunxi, quem de clauſula futuro modo ſcribenda inuexerunt conſiliorum auctores, quos refert Craueta, conſil.34.nu.4.

An ſcripta omni caſu in teſtamento,valeant per fideicommiſſum,& ab inteſtato. CAP. IX.

VT HIC clauſulæ effectus magis clareſcat, in diſputationem reuocandum eſt, vtrum omni caſu ſcripta in teſtamento valeant per fideicommiſſum, & ab inteſtato. Nam Bartolus diſtinctionem induxit in l.1.q.6.D.de iure cod.& in reſponſis paſſim, qua ſcientiæ & ignorantiæ teſtatoris caſus ſeparat, vt illo vigeat clauſulæ poteſtas, hoc verò euaneſcat. Baldus autem, aliique, quos refert Alexand. numero 14.ſcrupuloſam Bartoli diſtinctionem reiecerunt, & omnimodo clauſulam efficacem eſſe voluerunt.Mouenturque ideo,quia reſpondit Iulianus,

eum qui post codicillos factos natus esset proximus agnatus, vel suus heres, debere fideicommissum præstare, quasi intelligatur is quoque heres scriptus, l. si quis cum. D. de iure cod. Paulus quoque idem de postea nato statuit, & adiicit: *quicumque enim ab intestato successerit, locum habent codicilli. Nam unus casus est. Nec interest qui succedit, dum intestato succedat.* l. ab intestato. D. de iure codicil. Quibus verbis damnari videtur distinctio casus scientiæ & ignorantiæ à Bartolo posita, cùm in huiusmodi fideicommissis vnus dicatur esse casus. At verò prudentiæ plena est Bartoli sententia, & quæ voluntatem, quam solam in fideicommissis attendimus, maximè tuetur. Certe veteribus Iureconsultis, in aliis facti speciebus, fuit etiam probata. Nam & Papinianus indagandæ voluntatis defuncti summus artifex eam admisit, in specie minus fauorabili. In qua cùm quidam existimaret, ad solam consobrinam iure legitimo bona sua peruentura, quæ nihilominus casu ita contingente ad duos iure successionis contra eius existimationem peruenissent, pro parte legatorum ab intestato relictorum consobrinam esse releuandam respondit, l. cum pater. §. cùm existimaret. de legat. 2. Fulcitque responsum Papinianus rationibus æquitatis, & edicti perpetui exemplo. Ratio sumitur à natura legatorum, ad quorum præstationem non tenentur heredes regulariter, nisi pro partibus hereditariis, l. siue à certis. D. de duob. reis. Ergo diuisa hereditate, diuiditur & legatorum præstatio. Eadem æquitatis ratione Imp. Marcus Antoninus decreuit, heredes, quibus pars bonorum ablata est, non in ampliorem partem, quàm pro ea quæ relicta est, legatorũ nomine teneri,

l. in

l.in ratione. 1.§.2.D.ad legem Falcidiam. Sed & rescisso pro parte per querelam testamento, pro parte etiam legata esse præstanda rescriptum est à Gordiano, l.cum duobus.C.de inoff.testam. Poterat etiam niti Papinianus Senatusconsulti Trebelliani exemplo, quo transfertur legatorum actio in fideicommissarium pro parte restitutæ hereditatis, l.1.in prin. D.ad Trebellian. Maluit tamen niti edicti perpetui exemplo, quibus verbis edictalem bonorum possessionem contra tabul.intellexit. Ait enim generaliter Sceuola de illa bonorum possessione scribens, *quomodo augentur legata ubi amplius est in bonorum possessione, sic & ubi minus est deducitur*, l.fin.in fin. de legat.3. Quam definitionem ipse Papinianus eius discipulus sequitur, l.etsi contra.D. de vulg. quæ etiam locum habet in edicto de leg.præst.contra tab. Nam & omnes qui contra tab.bonorum poss.acceperunt, coguntur legata exceptis personis pro parte pręstare, l.nonnunquam.in fin.l.si duo.D.de leg.præst. Siue igitur sit filius suus, siue emancipatus, qui committat edictum, siue patronus, siue ad exemplum patroni parens ex tit.si quis à par.putarem his omnibus casibus à præstatione legatorum heredes releuari. Et de patrono videtur nominatim expressum, l.Plautius.D. de condit.& demonst. Hæc pro Papiniani sententia declaranda dicta sunto, à qua nec abhorret Vlpianus, siue quis alius Marcelli reprehensor in l.penulti. D. de iure codicill. Duas enim species cùm tractasset Marcellus, ac in vtraque ignorantiæ casus subesset, & nihilominus legata omnia deberi respondisset, castigatur ab Vlpiano, qui duntaxat partem deberi adnotauit, quoniam, inquit, illi non fuerit filio

ablaturus,

ablaturus, nisi solum putaret successorem sibi futurum, id est, tantumdem de hereditate non fuisset delibaturus, & heredem in tantum non onerasset, si coheredem habiturum sperasset. Illis enim verbis, *filio ablaturus*, respexit Iureconsult. ad legati definitionem, quæ delibatio hereditatis à Florentino dicitur. Irrepsit autem in Marcelli responsum, vt & hoc obiter dicam, trium verborum clausula ex nota subiecta, vt credibile, est conflata. Nam in prima specie illa verba, *pro parte dimidia*, notha spuriaque esse non dubitamus, & sequētia secūdi casus verba satis ostendūt, *simili modo dici potest omnia perinde debere filium, ad quē scripti sunt codicilli.* Ex quibus euidens est, æqualiter vtramque speciem propositā determinasse Marcellum. Sed nec ratio diuersitatis vlla reddi potest, quia, vt dixi, casum ignorantiæ vtraque continet. Certe & alibi Papinianus vtramque speciem pariter definit, l.3.D.de condict.indeb. itemque Imperator, l.si cum vel in vtero. C.de test.milit. quorum etiam auctoritas ad mendum in Marcello detegendum valere debet. Credo autem Marcellum, vt eius etiam rationes excutiam, ideo neglexisse scientiæ & ignorantiæ distinctionem, quia nominatim à filio legatum erat, quasi aliud esse putauerit, si à quocumque legitimo herede fideicommissa data fuissent, l.si quis cum.l.ab intestato.D.de iure codicil. quod totum tamen improbat censura Vlpiani, quem vt libri vulgati præferunt, notæ illius auctorē fuisse ideo credo, quia alibi respondit, etsi ab vno ex filiis herede instituto nominatim alicui parentum aut liberorum legatum datum sit, accepta bonorm possessione contra tab. cū aliis qui edictum commiserunt, omnes qui eam

acceperunt

acceperunt, cogi ad legati præstationem: vnde partis solutionem illo casu eum probasse colligimus, l. nonnunquam.in fin.D.de legat. præst. Vbi cum ait, *melius est probare*, &c. credibile est ad Marcelli sententiam contrariam respexisse, quam alibi notauerat. Florentina editio Vlpiani nomẽ non habet, ei tamẽ tribuendum existimo ob eam quam dixi causam, vt omittã quod notissimũ est, Vlpianum in Marcellum notas scripsisse. Et hactenus de Marcelli sentẽtia dictum sit à nobis, quam placuit etiam luci suæ reddere, licet parum nobis ad hanc quæstionem dilucidandam affulgeat, cùm à Papiniano, quem magis amplectimur, sit diuersus. Idem Papinianus non leue huius rei argumentum præbet, quo casu ob inopinatam causam hereditate ablata, forte nato postumo aut filio ab hostibus reuerso, cùm vtrumque ignoraret testator, soluta legata condici permittit tãquã indebita, l.3.D.de cond. indebit. Sed & alibi respondit, vtilibus actionibus ob improuisum casum esse reuocandã, l. militis.§. miles.2.D.de milit. testam. Quam legem Papiniano, vt vulgo, quàm Paulo, vt Florentina editione, potius esse adscribendam reor. Sed multo magis impedienda erit solutio, quàm facta reuocanda, argumento l.vltim. C.in quib. causis restit.in integ.non est nec. Quòd & si ob testatoris ignorãtiam, testamentũ nõ iure factum defendimus, l.Titius.§.Lucius.D.de liber.& postum. Si hereditas caduca, aut quæ est in causa caduci, sustinetur prætextu ignorantiæ testatoris, quasi adita esset, l.tractabatur.D. de milit. testam. non erit nouum clausulæ effectum ex eadem causa restringere, ob quam & à scripto herede Seuerus Imp. decreto suo hereditatem

auocauit,

auocauit & in eum contulit, qui volũtatem habebat testatoris, l.vlt. D. de hered.instit. Hæc eadẽ ignorantia præteritioni à milite factæ vim exheredationis eripit,& priuilegium militare restringit, l.sicut certi. cum seq.C.de milit.testam.l.militis.§.miles.D.eod. Hæc præteritionem maternam infirmauit, quoad institutionem, cognoscente de causa Imp. Hadriano, l.cùm mater. D.de inoff. Et quamuis hodie Nouellarum iure,illo casu institutio subuerteretur,manentibus legatis, authen.ex causa.C.de lib.præter.tamẽ ob casum improuisum, & ignorantiam testatricis, nec ea deberi Bartolus credidit in l.3.D.de mil. test. & in d.auth.vbi ceteri passim. Ex quibus omnibus manifestum est, ne ceteros effectus ignorantiæ persequar,clausulam codicillarem huius occasione mancam esse, siue institutiones, siue legata spectemus. Itaque nec videntur per eam postumus, aut filius præteritus, hereditatem quam obtinent rogati restituere instituto heredi. Quòd si eò non produceremus ignorantiæ potestatem, scripto heredi potius, quam postumo, aut filiis præteritis, consuleremus, qui restitutione facta minimum ex hereditate legitimã haberent, atque ad solam legitimam portionem arctarentur. Itaque sic fauere clausulæ debemus, ne verisimilem defuncti voluntatem & in liberos pietatem offendamus. Ergo quamuis alij filij fuerint instituti, rupto aut nullo facto testamento, postumus vel filius ignoranter præteriti vi clausulæ non restituent fratribus institutis hereditatem. Id enim esset alienum à pietate paterna,vt postea dicam. Dicerem hic potius, nos debere vti singulari æquitate l.si mater.C.de inoff.quæ licet ad querelam pertineat,nihil tamen

tamen obstat, quin æquitas distinctionis ibi tradita & hic locum habeat, quæ suorum quàm extraneorũ meliorem conditionem facit, vt & alibi leges præcipiunt, argumento l.vltim.C.fam.ercifcund.Itaque si quidem alij filij præteritorum fratres instituti sint, ab intestato filios ignoranter præteritos cum aliis succedere melius erit, releuatis à legatorum præstationibus institutorum portionibus, vt dictum est. Sin verò extranei sint instituti, ita intestatæ successioni locum esse dicemus, vt vi clausulæ nil debeant filij præteriti fideicommissi vniuersalis nomine pręstare, d.l.si mater. Idque totum efficiet defuncti testatoris ignorantia, extra quam, & non aliàs, manebit salua clausulæ potestas. Ignorantiæ autem tributa vis tanta nititur impietatis paternæ verisimili coniectura, quam lex præsumit. Et quidem ignorantia facti est, coniectura pietatis est à iure præsumpta. In qua etiam fundatur nobile Papiniani responsum l.cùm auus.D.de cond.& demonst.l.cum acutissimi. C.de fideic.Nam si de iis cogitasset, si eos non ignorasset, aliter statuisset; argum. l. generaliter.§. cum autem.C.de instit.substit.& restit. propter quam rationem & donationis à patre factæ reuocatio conceditur; l.si vnquam. C.de reuoc.donat. & ibi ab omnibus adnotatur. Non solùm autem in testamentis, verùm in contractibus & pactis, hæc verisimilis cogitatio pro liberis locum habet, vt ex alio Papiniani responso manifestum est, qui ab hac naturali æquitate nunquam deflexit. Eandem in rescriptis & beneficiis principem sequi respondit Paulus in l. ex facto.D.de vulg. vbi patris ac principis hac in re parem facit cogitationem. Porro, cùm ignorantiæ effectum

effectum clausulæ tollat, ergo scientia & cogitatio efficacem reddet. Ecquæ scilicet? nam vel in specie contingit, vel vt nostri loquuntur, in genere. Nos autem de generali loquimur, quæ potens est clausulam conseruare. Itaque præteritio militaris quæ per ignorantiam euanescit, tali saltem scientia vires habet. Nam & qui iure militari testatur, etsi prægnantem vxorem ignorauerit, hoc tamen animo fuit, vt quisquis sibi nasceretur vellet exheredem esse, non rumpitur testamentum, l. qui iure militari.7.D. de milit.test. Ex qua lege securum ad fideicommissorũ interpretationem argumentum depromitur, in quibus vt in militari testamento voluntatis potissima ratio habetur. Et hæc sententia ex eo præterea fulcitur, quod coniecturis etiam remotis hanc scientiam deprehendimus,& temporis argumento colligimus. Nam si post natum aut reuersum filium,quem ignorabat testator vel in vtero esse vel viuum,tanto tempore superuixerit, vt mutare testamentum potuerit, clausulæ vis sua non deerit, quasi voluerit in eadem mentis testatione permanere, argu.l. tractabatur.D. de milit. test. d.l. si mater.C.de inoff. quam sententiam expresso responso, 122.firmauit Romanus,aliique, sic vt vulgaris magisque communis habeatur sententia, teste Alexand.consilio 123.colom.penult. lib.1. At verò perleue est argumentum scientiæ in genere inducendæ, quod ibidem Romanus profert, vt ea videlicet colligatur per conceptionem clausulæ, *si non ualebit, &c.* Nã si ita esset, & clausula scientiam in genere cõtineret, frustra quæreremus, vtrum ignorantia clausulam debilitaret, necne, cùm præsertim nihil tribuamus illi in futurũ prolatę clausulę,

uel

uel ualebit, vt argumētis nō leuibus ante probauimus. Is igitur de liberis ἀορίςως & in genere cogitat, qui ad eos quandocumque, cuiuscūque sexus, ex quacumq; vxore, quocumque loco, nasci turos mentem dirigit. Nec puto aliter in genere cogitationē intelligēdam, tam in hac quæstione, quam in specie d.l.si vnquam. Huic autem eximiæ distinctioni scientiæ & ignorātiæ nemo iure obiecerit Sceuolam in l.post emācipationem.40.D.de leg.3.vbi defuncta quæ putabat solum patruum legitimum heredem, quamuis auocata successionis parte ab auunculo, per bonorum possessionem, nihilominus tamen in solidum fideicōmissa à patruo præstanda esse respondit. Nam cùm ignorātiam testatoris releuare heredem à solida legatorum præstatione dicimus, non iuris, sed facti ignorantiam intelligimus. Quia illa non excusat, non releuat, hæc contra, toto tit.de iur. & fac.ignor. Peccabat autem in iure prætorio filia emācipati, cùm existimaret patruum solum sibi successurum, excluso auūculo, quia iure cōmuni agnati capite minuti vocantur à prætore cum cognatis, Instit. de success. cogn. in princip. Et quamuis à iuris ignorantia nonnunquā mulieres excusentur, hoc tamē casu, qui scilicet legibus expressus non est, nocere debet ignorantia, arg.l. vlt.C.de iur. & fac.ignor. vt omittam nō tam defunctæ quàm heredi hoc casu subueniri, licet ex eadem causa id fieri debeat, quæ defunctæ competeret. Non dicam igitur cū Accursio, de rigore procedere Sceuolæ responsum: Papinianum verò & alios æquitatem spectasse. Illa enim, quam attulimus, vera est ratio diuersitatis, cuius luce tenebræ omnes fugantur. Quia verò tota hæc disputatio ab ęquitate pēdet, vix potuit eius definitio

casibus omnibus conuenire. Ideoque excepit Vlpianus legata, quæ diuidi non possunt, vt etiam nec præstentur. Interpretes autem post Bartolum, cùm de releuatione legatorum agitur, distinguunt legata quantitate. Nam si magna sint, pro parte præstantur, si parua, & quæ verisimiliter testator, quamuis de liberis cogitasset, reliquisset, solida debentur, vt sunt Ecclesiis in preces exequiales aut anniuersarias, in alimenta pauperum relicta, siue alia pia ex causa. Idque Bartolo visum est non semel in l. filio præterito. D. de lib. & post. in l. 1. D. de vulg. in l. 3. D. de milit. testament. & sequitur Paulus Castr. in l. certi iuris. C. eod. aliique. Nec tamen hæc quamuis æquissima iure aperto probantur. Quinimo vbi de legatis singulari iure seruandis agitur, absolutè & sine distinctione iniungitur eorum præstatio, l. vltim. D. de hered. instit. l. cùm mater. D. de inoffic. testam. l. proxime. D. de his quę in testam. del. Aequitate igitur, quàm lege, sententiam hanc magis niti puto. Certe argumētum non leue desumitur ex Martini sententia contra Ioānem circa interitum rei debitæ post moram, de quo Accurs. l. quod te. D. si cert. pet. ad quem non tenetur debitor, si æquè peritura res fuisset apud creditorem, l. si plures. in fi. D. depos. l. item si verberatum. in fin. D. de rei vindic. l. si alius. §. est & alia. D. quod vi aut clam. l. item si cum. §. quod si homo. D. de eo quod met. Ergo si æquè legaturus fuisset pater rite ordinatis supremis, nulloque suorum præterito, talia legata deberi vidētur. Hæc item quæstio libertatum exemplo decidi potest, quarum iura piis legatis debent aptari. Præstantur autem absolutè, etsi in aliis legatis releuetur heres. Ait enim Papinianus, d. l. cum pater.

§. cùm

§.cùm existimaret. libertates intercidere damni causa durum videri. Idemque obseruatur rescisso pro parte per querelam testamento,l.cùm duobus. C.de inoff. Illud verò totum arbitrarij iuris erit, & iudicis officio continebitur, qui pro qualitate personarum,pro numero liberorum,pro quantitate relicti æstimet,an à filiis sit præstandum,argum.l. si filiæ.43.de legat.3. Nam & idem arbitrium iudici conceditur in re donata,propter superuenientiam liberorum reuocãda, vt multis probat Tiraq.in repet.d.l. si vnquam.vers. omnia bona vel partem.nu. 58.cum seqq. Sed à quo præstabuntur? Non sane à præterito,quod ad libertates attinet,à quo nominatim nihil relictum est.A solis ergo institutis,sed redemptis prę̨teritorũ partibus, l.qui graui.cum duabus seqq.D.de iure cod.quæ regulariter negat aliquid eorum nomine prę̨standum, quæ pro parte præstari nõ possunt,quo genere libertates censentur. Sed tamen nec libertatis exemplum dedit Vlpian.in d.l.fin.de iure cod. & verisimile est eas à stricti iuris regulis excepisse. Nam & in ceteris causis pro libertate respondere melius est, l. quoties dubia.D.de reg.iur.d.l.proxime.D.de his quę in test. del. Quòd vero ad legata illa modica & pia attinet, puto similiter iudicis officio conuenire,vt omnes ab intestato filij succedentes ad eorum præstationem cogantur. Nam & naturali vinculo ad hæc suprema patris mandata exequenda filij tenentur,arg.l.in testamento.D.de fid.libert.

Clausula codicillaris effectum etiam ad tabulas pupillares porrigi. CAP. X.

SEPTIMVS effectus clausulæ est,vt etiam ad tabulas pupillares porrigatur.Nam sicut cõceditur

vnicuique ab eo, ad quem legitima hereditas peruẽtura est, fideicommissum dare, ita ab eo ad quem impuberis hereditas, l.si fundum.92.in fi.de leg.1. Itaq; impuberis legitimus heres, cogetur post mortẽ eius, patris hereditatem restituere, l.coheredi.§.cùm filiæ. D. de vulg. vbi illa verba, *nisi hoc expressum est*, vim clausulæ denotant. Hæc tamen cum quodam temperamento intelligẽda sunt. Nec enim eadẽ ratio huius fideicõmissi, ac pupillaris substitutionis est. Directa enim pupillaris, quia testamentũ pupilli est, proprias etiam filij impuberis facultates tenet, cùm secus sit in fideicõmissaria pupillari, d.§.cum filiæ. Præterea hoc fideicommissum hactenus valet, quatenus impubes decedat, alioqui si pubes factus decesserit, euanescit, l.quod fideicomissum.93.de leg.1. nisi verba fideicõmissariç substitutionis puberem ætatem egrederẽtur, d.§. cum filiæ. Hic autem clausulæ effectus non turbatur à l.libertis.§.patronis.D.de alim.vel cib.legat. qua superiorem sentẽtiam Bartolus putat impugnari posse in l.1.nu.21.D.de iure codic. Nam putat in d.§. postumis.clausulam non videri ad pupillarem substitutionẽ extendi, quinimo sine ope codicillorum valere, cõtra ea quæ supra diximus. Cui tamen legi facilis occurrit responsio, cùm ibi codicilli ab intestato facti non fuerint, sed testamento cõfirmati, quia post testamentum facti fuerint, atque in iis ideo testamẽti mentio facta, quinimo inter primas ac secundas tabulas facti sunt. Sed & in ea lege ideo ait Iureconsf. integrum ex tabulis substitutionis deberi, id est, ex pupillari substitutione, quia voluntas defuncti hac videtur fuisse, vt cum incremento & altero tanto potius legatum consequerentur liberti, quàm cum diminutione

minutione tertiæ partis. Porro ibi rectius Florentiæ ſcriptum eſt, *debeantur*, quàm vulgò, *debeat*, & viciſsim rectius ac ſyncerius aliæ editiones habent, *propter*, quàm, *præter*. Itaque ſic ibi legendum, *ut duæ partes quãtitatis debeãtur propter codicillos*. Ceteroquin dictio, *codicillis*, quæ ſtatim ſequitur, gloſſema fuit verbi, *quibus*, qua meritò carent alij libri.

Ex teſtamento per contra tab bonorum poſſ. reſciſſo, per clauſulæ codicillaris adiectionem, fideicommiſſa deberi. CAP. XI.

ALIVD item clauſulæ ius eſt, vt vis eius etiam pertineat ad teſtamentum per bon. poſſ. cõtra tab. reſciſſum. Idque Bartolo videtur l.1.q.10. D. de iure cod. cui tamen ſuas rationes relinquamus. Nobis placuit ſequentes ad huius quæſtionis explicationem aptare. Mouemur autem maximè his Iureconſulti verbis in l. ſi quis cum. D. de iure codic. *paterfam. qui teſtamenti factionem habet, & codicillos faceret, perinde haberi debet, ac ſi omnes heredes eius eſſent, ad quos legitima eius hereditas uel bonorũ poſſeſsio peruẽtura eſſet.* Et verò dubium non eſt, quin ſemel commiſſo edicto, & impetrata bonorum poſſeſsione reſcindatur is gradus, à quo filius præteritus eſt, toto titul. de bonor. poſſ. contra tabul. Itaque vt querela inofficioſi, ſic & illa bonorum poſſeſsione teſtamentum dicitur reſcindi, l. vt liberis. C. de collat. Sed & prætori propoſitum eſt, cùm hanc poſſeſsionem dat, eas partes vnicuique liberorum tribuere, quas inteſtato patre mortuo in hereditate habituri eſſent, l. non putauit. in fin. D. de bonor. poſſ. contra tabul. Neque nocet, quòd ſi con-

tra tabul.patris bonorum possessio petita sit, substitutio pupillaris valeat,& legata omnibus præstanda sint,quæ à substitutione data sunt,l.ex duobus. in fi. cum seq.D.de vulg.Nam ab eo gradu cùm non fuerit filius præteritus, non mirum est,si rescissum non fuerit ea parte testamentum. Quamobrem statuendũ est, per eam bonorum possessionem rem ad causam intestati quadam ex parte reduci. Alioqui clausulæ locus nullus esset,quæ nisi ab intestato vires suas non exerit,vt ostendimus suprà. Fallũtur ergo Accursius, Mart. Silimannus,Cynus,& ipse Bartolus in l.illud. nu.3.D.de bon.poss.contra tab.qui distinguunt,cùm hæc bonorum possessio petita est,vtrum adita sit hereditas necne, vt ante aditam intestati exitum patiatur,post aditam verò neutiquam.Quorum sentẽtiam videtur adiuuare l.penult.in prin.D.de bonor. poss. contra tab.quæ ante aditam loquitur.Respondeo verò,quòd etiam filius qui committit edictũ post aditam,non nisi ab intestato potest obtinere portionem illam,quam per bonorum possessionem aufert.Alioqui si ex testamento,non diceretur contra tab.bonorum possessio,sed secundum tabulas potius. Quinetiam & legata omnibus prestaret,cũ tamen exceptis tantùm personis edicto Prætoris debeantur,toto tit. de legat.præst. Debet igitur exceptio confirmare regulam in casibus non exceptis, l. quæsitum. §. idem respõdit.D.de instr.& instr.leg.Nou.7.§.porro quia. At verò scriptus heres filius, qui alio committente omisit bon. possessionem contra tabulas, & iudicio testatoris contentus fuit,ex testamento videtur heres fuisse. Itaque legata non tantùm exceptis personis præstat,sed etiã ceteris omnibus, vt rectissimè Africanus

canus & Vlpianus existimant in l.si duobus.aliàs,ex duobus.D.de bon.poss.contra tab. l. si duo.in fi.D. de leg. præst.vbi hãc rationem Vlpianus reddit,quia plena fruatur voluntate , plenum etiam obsequium præstare testatoris iudicio pro sua parte debere. Solus enim ibi institutus erat, vt & in specie à Paulo ac Africano proposita, sic vt nulla concordiæ inter eos haberi ratio posit.Nec mirum, si Tryphonius aliter existimat,cùm non plena fruitur voluntate , sed cohéredes habet. Nam hic casus ab illo multùm diuersus,vt non immerito diuersitatem iuris admittat, eoque,exceptis tantùm personis legata præstentur, l. filium.§.vlt.D. eod. Africani autem sententia meritò recipi debet,vtpote ab Vlpiano probata, & potioribus rationibus nixa, reiecta illa Pauli,qui certis personis pręstare tantùm debere scripsit,l.is qui in potestate.§.1.D.de leg.pręst.In qua verba illa , *complures putant*, item illa,*quod puto uerius esse*, satis ostendunt rem controuersi iuris fuisse.Neque dubitat Accursius in d.l. si duobus. & doctissimus Africani interpres, qua ratione & Vlpianus in lib. disputationum eam tractauerat,d.l.si duo.Pauli autem ratio debilis est & infirma, qua non mouerer , vt contra Africanum & Vlpianum sentirem.Ait enim:*nam & prætor hac ratione eum tuetur,quòd ex liberis est,qui contra tab. petere potuerunt*. Nãque eueniret, vt idem effectus esset petitę ac non petitę bonorum possessionis , quod esse non debet.Ipse Paulus huius rationis immemor in verbis sequentibus bonorum possessionem non acceptam vrget. In summa, hęc ratio effectum aditionis hereditatis inanem reddit. Nam si is qui adiuit, excludit à bonor. possessione,ergo nec titulus de legat.pręst.

qui à bon. possessione pendet, ad eum pertinet. Ob hanc autem, quam dixi bon. pessionis contra tab. naturã, veteres in concipienda formulæ clausulę nominatim relinquebant ab omni herede, bonorum-ve possessore, l. Titia. D. de inoff. l. si fundum. 92. in fi. de leg. 1. aut verò ita adscribebãt, ad quemcumque quoquo iure bona mea peruenerint, l. si ita fuerit. 9. de leg. 3. Hęcque cùm ita sint, constat idem fideicommissum in eodẽ testamento relictum duplici aliquando iure deberi. Nam is qui commisit edictum, ab intestato pręstabit, scriptus autem heres ex testaméto.

Testamenta inofficiosa parentum, aut liberorum, in codicillos per clausulæ adiectionẽ sustineri, quantum ad institutionem heredis. Quid iuris in collateralium inofficioso. CAP. XII.

QVIA verò per alia testamentorum vitia effectus clausulę deduximus, nec tamen inofficiosum testamentum plenè sed incidenter tantùm attigimus, quæramus vtrum clausulę adiectio illud sustineat. Qua in re ascendẽtium aut descendentium ius, à collateralibus distinguendum est. Si enim de ascẽdentibus aut descendentibus quęramus, iure veteri certum erat, resciſſo per quærelam testaméto, nec legata nec libertates deberi, l. Papin. in fin. D. de inoff. quinimo nec fideicommiſſa ab intestato data, l. Titia. D. eod. Creditur enim quasi furiosus aut demens testamẽtum facere non potuisse. Ideoq; nec aliud quid pertinẽs ad suprema eius iudicia valet, l. nec fideicõmissa. 36. de leg. 3. Et hoc colore subuertitur testamẽtũ per querelã, quasi nõ sanę mentis fuerit, cũ illud ordinaret l. 2. D. de inoff. Sed hodie iure Nou. hic color

velut

velùt ſpongia deletus eſt, conſtitutumque, vt reſciſſa rátùm inſtitutione, legata & fideicómiſſa, ceteraque ex teſtamento debeantur, Nou. vt cùm de app. cog. §. ſiue igitur. authen. ex cauſa. C. de lib. præt. Itaque circa legata & fideicommiſſa nullum ius habebit clauſula, cum ex teſtamento debeantur. d. §. ſiue igitur. Ipſa autem non niſi ab inteſtato vires ſuas exerit. At verò circa inſtitutionem, poteſtatem ſuam conſeruabit, qua parte inteſtatus eſt paterfam. Meritò enim ſtatuimus, hodie colorem dementiæ ac furoris in aſcendentibus & deſcendentibus ceſſare, quorum ſuprema iudicia, quoad legata ceteraque extra inſtitutionem, ſuſtinentur, contrà quàm de furioſis aut dementibus dici poſsit, quorum nulla eſt voluntas. Cumque hæc dementiæ ſuſpitio ac præſumptio cauſam dederit olim ſubuertendi per querelam teſtamenti, eo colore & cauſa nunc ceſſante, ceſſare etiam debet effectus. Quod verò ad collaterales attinet quibus vno tantùm caſu competit de inofficioſo queri, nempe conſanguineis fratribus, ſi inſtituta turpi perſona præteriti ſint, l. fratres. C. de inoff. magis in eorum ſententiam deſcenderem, qui inanem & inefficacem clauſulam ea ſpecie reddunt. Cuius ſententiæ fuit Angelus in authen. vt cùm de appellat. cog. §. aliud quoque capit. probatque Franc. Cremenſis ſing. 91. Nam nec ius nouum eò vſque porrigitur, ceſſatque in tranſuerſalibus diſpoſitio d. authen. ex cauſa. qui fuit veterum, referente ibidem Alexand. conſenſus. Quippe cùm Iuſtinianus nouellam legem ſolùm tulerit, vt tam parentes quàm liberos teſtamentaria cótumelia liberaret: *Vna enim, inquit, hæc ſerenitati noſtræ cura incumbit, ut præteritionis*

ac exheredationis contra parentes & liberos contumeliam perimamus. Absit igitur, vt ad alias iuris partes & species nouitatem eam producamus, & colorem dementiæ ac furoris in transuersalibus sublatum intelligamus. Quinimo & is casus, quo infamis persona præfertur consanguineis & charitatis potiora iura habentibus, legum fauore adeo visus est indignus, vt quamuis bonorum possessio, quæ ad exemplum patroni datur, patris nomine debitæ tantùm competat, si tamen turpis persona instituta sit, non solum partis constitutæ, sed & totorum bonorum nomine detur, l.Paconius.in princ.D.si à par.quis fuer. man. Cuius responsi sententia colore illo dementiæ ac furoris, exemplo querelæ, maxime niti videtur.

Per clausulæ codicillaris adiectionem, infirmum cæci testamentum vice codicillorum valere. CAP. XIII.

QVÆRO præterea, num in testamento cœci clausula efficax sit. Quod non videtur, cùm non distent eius codicilli à testamento, quia in vtrisque par solemnitas adhibenda, l.hac consultissima. C. qui test. fac. poss. Itaque quod vt testamentum valere non potest, non valebit vt codicilli. Vero tamen verius est, & hic locum esse clausulæ, quia cæcus potest mori intestatus. Ergo imperfectum eius testamentũ tãquã ex fideicõmisso ab intestato valebit, vi clausulæ, dũ tamen forma seruata fuerit, quã Iustinianus d.l.hac cõsultissima. præscripsit. Neque mutat, quod de pari solemnitate dictum est. Nam si codicilli cæci idem possent quod testamentum, frustra hæc vocabula distinguerentur, arg.l.si idem.C. de codic. Sed

vt

vt in aliorum testamentis, sic & cùm de supremis cæci agitur, testamentum appellamus, in quo est heredis institutio, quod in codicillis non obtinet. Idque manifestum est ex d.l. hac consultissima. versic. quæ in eundem modum. Est ergo singularis inter hæc duo differentia, cùm de cæci vltimis voluntatibus disceptatur. In forma enim & solemnitatibus iuris quoad cetera conueniunt. Si ergo cœci dispositio nõ valuit vt testamentum, puta, quia heredis institutio fuit irrita, quidni valebit vt codicilli, si id petitum sit? Quod autem dixi, codicillos & testamenta cœcorum pares formas ac solemnitates recipere, quantum ad testium numerum non admitteret Accursius. In codicillis enim quinque putat sufficere, argum. l. vlt. C. de codic. quę fuit etiam Odofredi, Accursij coætanei, sententia in d.l. hac consultissima. Non negant tamen, quin veterum quidam in contraria sententia fuerint, quorum pars mihi magis probatur. Sane existimo Azonem in apparatu nuper edito huius fuisse sententiæ, cùm notat mirabile esse idem in codicillis obseruari. Patet autẽ id ex eo maxime, quod mens Iustiniani fuerit, illa stricta obseruatione testãdi licẽtiã in cœcis cohibere & certis legibus eorũ volũtates adstringere, simulque insidiis locũ nullũ relinquere, tot oculis spectata, tot insinuata sensibus eorũ voluntate, vt ait in finalibus verbis Imp. Quæ verba enixum eius studium, numerum vulgarem testium etiã in codicillis augendi denotant. Quinimo paulò ante vbi testem loco tabularij vult adhiberi, non separantur codicilli à testamento. Et hæc sententia magis clarescet, si expendamus verba illa constitutionis vbi de codicillis agit, *in eundem modum erũt obseruanda, &c.*

item

item illa, *prout dictum est*, illa præterea, *ita subscriptam, ita consignatam, ut antelatæ formæ declarant.* Quæ omnia repetunt, includuntque præcedentes qualitates, vt iure ciuili notissimum est; l.1.D.de recept.arb.Bart. in l.si quis seruum. §.fin. D. de legat.2. Ipsi aduersæ partis propugnatores non dubitant, quin etsi quinque testes sufficerent, tabularij tamen officium ac præsentia requirantur, aut eius defectu sextus testis. Iason in d.l.hac consultissima. Quòd si hanc nouitatem admittant, contra simplicitatem d.l.vltim.C.de cod.cur non & aliud incremẽtum testium recipiunt, quod apertis Imper. verbis nititur. Sane quò magis Accursium & sequaces reiiciamus, auctoritas Baldi, Fulgosij, Romani, Alexandri faciet, qui hanc quam tuemur probant. Atque hi mirifici clausulæ codicillaris effectus, de quibus & superioribus capitibus diximus, tum demum locum obtinebunt, si testamentum in quo clausula est apposita, quinque saltẽ testium firmitate muniatur, d.l. vltim. excepto casu d.l. hac consultissima. Nam cùm vi clausulæ vertatur testamentum in codicillos, debet saltem is numerus intercedere, qui codicillos sustinet. Quòd si testibus non possit niti fideicommissarius, ad deferendi iuramenti aram confugiet, quam in eius gratiam primus extruxit Iustinianus, l.vlt.C.de fideic.

De clausula, omni meliore modo, eiusque effectu. CAP. XIIII.

SVPERIORA de clausula codicillari pro ratione instituti dicta sint, quibus nihil superesset addendum, nisi alia occurreret clausula, vsu etiam ob easdem quibus & superior causas in testamentis recepta,

cepta, & notariorum consuetudine fere semper inseri solita. Nimirum qua dicit testator, velle testamentum valere omni meliore modo, forma, & via, qua valere poterit. Cuius vim plerique interpretes augent, plus quàm per leges liceat. Persuasi enim auctoritate Baldi in l. quoties. numer. 3. C. de hered. instit. existimant non solùm habere vim codicillorum, sed etiam institutionem omissam supplere, in ea nempe specie, qua pater filio legitimæ loco certas res, simpliciter, & sine pleno institutionis titulo, reliquit. Quam sententiam sequuntur Alexand. consilio 112. libr. 3. Corn. consilio 298. libr. 1. Hippolitus Marsilius sing. 36. Falsò meo iudicio. Neque enim vis maior huic clausulæ tribuenda est, quàm codicillari, inter cuius formulas & hanc retinuimus suprà bono consilio, quòd in viribus concordare videantur. Denique impugnat hanc sententiam l. ex ea. D. qui test. fac. poss. In qua illa verba, ἐπὶ πάσης ἐξουσίας. ex communi omnium sententia codicillaris clausulæ potestatem habent, cùm tamen in effectu clausulam, *omni meliore modo, &c.* contineant. Accedat l. postumus. D. de iniusto rupto. in qua etsi testamentum prius rumpitur per secundum, valet tamen prius iure codicillorum, propter codicillarem clausulam adiectam. Nam fidei heredum commiserat testator, vt priores tabulæ valerent omnimodo, id est, omni meliore modo quo fieri posset. Eam enim distinctionem scripturæ, in ea lege recipiendam, monuimus ante. Licet etiam animaduertere in hac formula conditionem esse, quæ vt probauimus ante, cum de effectu conditionis, *si sine liberis*, ageremus, directè non disponit. Et verò non dubium est, verba illa

precaria

precaria esse, non directa. Nemo enim vnquam aliquem sic posse institui directo iure, probauerit. Ergo sufficit, si saltem ad fideicommissum valeant, non autem directam institutionem contineant. Nam & quantumcunque enixe preces nihil amplius operari possunt, l. cum pater. §. filius matrem. de legat. 2. sicut nec illa, *si minus aliquid legitimè, minusue peritè fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani uoluntas,* l. penult. in fin. de legat. 2. quæ tamen non videntur minoris ponderis in designanda voluntate, quàm sit clausula illa, *omni meliore modo*. Cùm autem soleat etiam in codicillis adiici hæc clausula, mirum erit, si effectum institutionis contra naturam codicillorũ ea contineri dicamus. Sane Iustinianus in Nou. vt cùm de appellat. cognosc. §. aliud quoque capitulũ. nominatim institutionem aut exheredationem requirit, & cùm alium quemcunque modum excludit, omne velamen, ac prætextum institutionis damnat. Modestior ceteris fuit Benedictus in repet. cap. Raynutius. parte 1. ver. testamentum. 3. num. 19. qui superiori clausulæ effectum tantùm codicillorum dedit. Sed & Baldus, vnde alij contrariam sententiam deriuant, in d. l. quoties. eo tantùm casu robur huius clausulæ amplificauit, quo pater vsus esset relinquendi verbo. Quod cùm generale sit, per eam clausulam institutioni posse aptari putat. Alij tamen interpretes promiscuè per eam sustineri testamentum affirmant, in quo sit filius præteritus. Eoque tandem progressum est, vt si pater mandet dotari filiam, per eius clausulæ adiectionem heredem in dote institutam crediderint nonnulli, quos refert idem Hippolit. sing. 36. Quod tamen absurdum esse ex præcedentibus

dentibus nemo non videt. Alioqui diceremus nuda voluntate constitui testamentum, si nuda voluntate heredis institutio fieri posset, contra l. penultim. in fin. D. de bon. possess. sec. tab. quod in fideicommisso dici quidem potest, in testamento non item. Durum est igitur eam potestatem tribuere clausulæ illi vulgari, quæ ex consuetudine notariorum magis adiici est solita, quàm certo ac deliberato testantium iudicio. Idemque Baldus credidit de his verbis, *iure institutionis*, in d. l. quotiens. num. 1. circa fi. quorum ideo vim & potestatem ibi interpretatione restringit.

De fideicommissorum interpretatione.
CAP. XV.

SVPERIOR fideicommissorum diuisio, in expressa & intellecta, seu vtilia, nos admonuit, vt diligentius de iusta eorum interpretatione tractaremus, circa quam potisſima consistit difficultas. Eoq; magis à nobis faciendum est, quia singularia sunt fideicommissorum interpretandorum iura iis peculiaria, distinctaque à testamentis, legatis, contractibus, sententiis, rescriptis, & legibus. Ea igitur, quia vt verbis ita & nutu relinquuntur, à voluntate mera pendent. Illa enim est, quæ regit fideicommissa, vt exemplis non paucis iam ostendimus. Sed ad eam exprimendam, aut colligendam, nonnunquam verba deficiunt, aut inutilia sunt. Ipse etiam nutus, non semper plenè, mentem, consiliumque relinquentis demonstrat. Itaque ad eam interpretationem recurrendum, quam vt dixi admittunt maxime fideicommissa, quamque certis quibusdam regulis & disciplinæ via comprehendemus, atque ex incerta certam,

certam, quoad fieri poterit, reddere conabimur. Sit igitur prima hæc regula: *In fideicommißis sola uoluntas seruatur.* Quam concipio ex verbis Pauli, l. penult. de legat.1. qui cùm vtatur vocabulo, *sola*, Vlpianus idem exprimens verbo, *præcipuè*, vsus est, l. fideicommissa. §. item si quis. de legat.3. cùm Mætianus vtroque senior, *maximè*, dixisset, l. quisquis. 95. de legat.3. Atque ideo non mirum, si ius voluntatis fideicommissum dicatur à Papiniano, l.3.§. nonnunquam. D. de vsur. Hoc enim maxime fideicommissis proprium est, & peculiare, itemque conditionibus, in quibus primum locum voluntas obtinet, easque regit etiam contra verborum proprietatem, l. pater Seuerinam. §. conditionum verba. l. in conditionibus. D. de condit. & demonstr. Secus autem erit in heredum institutionibus, in quibus ideo regula verè non aptabitur, quia verba exigunt, quamuis non vt olim solemnia, l. quoniam indignum. C. de test. Cumque ab heredis institutione testamentum pendeat, rectè à Iureconsulto scriptum est, nuda voluntate non constitui testamentum, l. penult. §. vlt. D. de bonor. poss. sec. tab. argum. l. iubemus. C. de testam. Itaque institutio postumi dicitur eo casu valere, qui ex verbis concipi posset, l. Gallus. §. quidā rectè. D. de liber. & postum. Quod verum est etiam in milite, vt Accursius notat, l. in fraudem. in prin. D. de milit. testam. & ad testamentum inter liberos producunt alij, vt Angelus in l. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de testam. Sed & idem auctor historiam Perusini Episcopi narrat, in d. l. iubemus. qui cùm patris morientis voluntatem expressisset sine verbis, ac per solius manus stricturam, tamen

causa

causa cecidit, nec obtinuit, vt patri heres esset sine verbis. Hancque sententiam in iudicando, & respódendo, seruandam monet vt receptam Bertrand. vol. 8. resp. 129. nu. 44. Non conuenit pariter superior definitio legatis, in quibus multum iuris est ciuilis, & verborum tenacior obseruatio, regularumque iuris strictior inspectio. Itaque interdum plus valebat in iis scriptura, quàm quod actum esset, l. si alij. D. de vsu & vsufruct. legat. quæ de mero legato, non fideicommisso intelligenda est, vt directa legatorum verba ibi relata satis ostendunt. Eoque magis ad credendum adducor, quia contra propositum, voluntatem, & consilium testatoris, verborum significatio, ac stricti iuris regulæ seruantur. Quod tamen non fieret, si de fideicommisso ibi ageretur. Neque huic regulę aduersatur l. quidam cum filium. D. de hered. instit. in qua sola voluntas defuncti non videtur tueri fideicommissum. Nam respondeo, mentem quidem defuncti fuisse, vt hereditatem haberet, is quem animo suo destinauerat, sed cuius ministerio, incertum. Itaque quia fidem heredis non fuerat sequutus testator, magisque ex voluntate alterius, quàm sua propria, heredem scripserat, meritò ad fideicommisi præstationem non adigitur heres, à quo nihil fuit petitum. Voluntatem enim eam intelligimus, quam adimplere is debeat, cuius fidem defunctus sequutus sit. Quod in factum sit, nec de voluntate incerta seruanda valde laborabimus, argum. l. epistolam. 75. in fin. princip. l. Lucius. 78. §. tres heredes. D. ad Senatusc. Trebell. l. Titia. 4. in princ. de legat. 2. Voluerat igitur heredem esse filiumfam. noluit fideicommissarium, quia nihil ea de re ab herede petiit, neque ab alio,

cuius pars deficiens apud heredem manſiſſet, vt in ſpecie l.pater meus.in princ. de legat. 2. aut qui contra ſpem defuncti hereditatem non adſequitur, vt in caſu l. ſi alienus. 62. de legat. 2. Ex d.l.vt hoc obiter dicã,male colligunt Baldus & alij,nihil eſſe in intẽtione,quod nõ ſit in diſpoſitione, cùm in fideicommiſsis contraria potius regula ſeruanda ſit, id eſſe nempe in diſpoſitione,quod ſit in intentione. Alioqui non ſola voluntas in iis ſeruaretur. Ideo autem nec ibi intentio fuiſſe præſumitur, quia nihil inter defunctum & heredem circa reſtitutionem actum eſſe intelligitur. Sequitur alia regula: *Ea uerò demum ſeruanda eſt uoluntas, quæ legitima eſt.* Quam eruo ex l. cum quæſtio.in fin.C. de legat. Nam ſi contra leges relictum ſit fideicommiſſum, non valebit. Totiens enim ſecundum voluntatem teſtatoris facere compellimur,quotiens contra legem nihil eſt futurum,l. ſi quis eum.37.de condit.& demonſtrat. Atque inde fit,vt tutoribus datis decedens etſi adiecerit, *eoſque* ἀνεκλογίστους *eſſe uolo*, ex cauſa tamen fideicommiſsi nihil conſequantur tutores, & niſi bonam fidem in adminiſtratione præſtiterint,damnẽtur. Nemo enim ius publicum remittere poteſt huiuſmodi cautione, inquit,Iureconſ.l. ita autem.5.§.Iulianus.D.de adm. & peric.tutorum.Quamobrem nec ædes deſtruendæ per fideicommiſſum relinqui poſſunt,quia vetat Senatus,l.filiusfamil.114.§.ædes.de legat.1. Porro & id in legatis, atque aliis hominum commerciis receptũ eſt,l.cum Senatuſc. l. vbi eſt verborum. D. de rebus dubiis. l. ſi quis inquilinos. 112. §. ſi quis ſcripſerit. de legat.1. Legitima igitur erit in fideicommiſsis voluntas, cum ſecundum leges aut bonos mores aliquid

quid relinquetur. Item, cum certum erit, cui relinquatur. Alioqui si nomen adscriptum adiectumque non sit, legatum non debebitur, l. Paulus respondit. 4. D. de reb. dub. Item cùm certum erit, à quo, & quid relinquetur. Namque si ab herede nihil petierit, quãuis id alius fecerit, non erit vtile fideicommissum, d. l. quidam cum filium. D. de hered. instit. Cùm autem tota interpretandæ, ac veluti indagine comprehendendæ voluntatis ratio iudici commissa sit, l. voluntatis. C. de fideicom. l. quæsitum. §. 1. in fin. de legat. 3. & quæ ideo per subtilitatem iudiciariam manifestari debeat, l. si fuerint. in fin. D. de reb. dub. facti enim potius est quam iuris, l. seruus. D. de verbor. signific. subiiciam nunc aliquot definitiones, quibus instruatur hac in re tam iudicantis, quàm de iure respondentis peritia. Nam qua solertia iudex, eadem & Iureconsultus vti debet. Illarum autem regularum hæc princeps erit. *Primus consequendæ voluntatis gradus in ipsis verbis positus est.* Quæ definitio confirmatur maxime nobili Iustiniani exemplo, qui indagandæ voluntatis fideicommissariæ causa hanc primùm sibi viam munit in Nouell. de restitut. fid. §. nos igitur. vbi subtiliter & accuratè verba se perpendere ait. Verba autem intelligo, non tantùm ipsius fideicommissi, sed & totius testamenti. Ipsa verò fideicommissi verba ponderant, sæpissime Iureconsulti, alij quidem apertius, dum responsis causas & rationes subiiciunt, alij obscurius, dum responsa præscindunt, qui fuit mos Sceuolæ, vt ex infinitis locis patet. Et verò vel hoc exemplum argumentum dabit, quo respondet heredem ab omnibus libertis conueniri posse, vt iis cibaria & vestiaria præstet, quæ defuncta

viua præstabat, l. à filio. 15. §. vlt. D. de alimen. & cib. leg. Nam quamuis tribus tantum præstaret, visum tamen est Sceuolæ omnibus præstanda, quia verbis fideicommissi omnes continebantur. Denique adiecerat defuncta hęc verba, in rem potius quàm personam scripta, *quæ uiua præstabam*, non quibus. Item & ex præcedentibus ac sequentibus testamenti capitibus consilium relinquentis colligi notissimum est, l. qui filiabus. in princip. l. si seruus plurium. in fi. de legat. 1. l. quisquis. in fin. de legat. 3. cùm & in codicillis, id est, post testamentum, dubia verba testamenti possint declarari, l. heredes palam. §. 1. D. qui test. fac. poss. Quid? quod ex irrito testamento defuncti voluntatem possumus colligere l. vltim. D. de reb. cor. qui sub tut. vel cura. cuius species & ad fideicommissa producenda est, in quibus mera voluntas inspicitur. Quare quod ait Papinianus, *nisi ex alia parte & de seruis eum cogitasse apparuerit*, l. quæsitú. §. antepenult. D. de instr. & instrumento legat. tam de parte testamenti, quàm alia colligendę voluntatis via extra testamentum, est intelligendum: Sequitur alia regula: *In dubiis ea uerborum significatio capienda est, quæ uoluntati propior est.* Verba autem aut ambigua sunt & obscura, aut clara & aperta. Neque enim cum Chrysippo omne verbum ambiguū existimamus. Neque ambiguum ab obscuro distinguimus cum Diodoro, apud Gellium lib. 11. cap. 12. Quò enim ambiguum est, eò & obscurum. Qui igitur ambiguè siue obscurè loquitur, id loquitur, quod ex iis quę significantur sensit, l. Nepos Proculo. D. de verbor. significat. Itaque non solent Iureconsulti in causa testamentorum, & maximè fideicommissorum, ad definitionem

propriam

propriam vtique descendere, cùm plerumque abusiue loquantur testatores, neque propriis nominibus ac vocabulis semper vtantur. Quare ex voluntate interpretatio ante sumenda, l.non aliter.de legat.3.l. cùm de lanionis.§.asinam.D.de instr.& instrument. legat. Quò pertinent exceptiones illæ perpetuò Iureconsultorum responsis inseri solitæ: *nisi testator aliter senserit, nisi forte & hic nos urserit uoluntas, si modo hoc testator manifestè expresserit.* Tertia sit regula: *Si uerba clara sint, uoluntas manifesta repugnet, hæc præferenda uerbis.* Fuit autem non vulgaris inter veteres controuersia, vtrum mens verbis præferenda esset, vel contrà, Seruius Sulpitius non ex opinionibus singulorum, sed communi vsu, nomina exaudiri debere ait. Tubero contrà, Diodorum veterem philosophum sequutus, vult hunc esse vsum nominum, vt demonstrent mentem dicentis, nec arbitratur quemquam dicere, quod non sentiret, quamuis nomine vsus sit, quo id appellari soleret. Vt igitur nomina seruiunt menti, ita & ministerio vocis vtimur, ideoque & vox, & nomina, menti subiici debent. Hæc ille κατὰ Διόδωρον κρίνων, in l. Labeo. D. de suppell. legat. Nam & eadem Tuberonis ratio Diodoro tribuitur, apud Gellium lib.11.cap. 12. Celso autem aqua valde hæret, & ambiguè nunc pro Tuberone, nunc pro Seruio sentit in d.l. Labeo. Ego verò putem, vtramque sentētiam sic posse componi, vt ibi vox aut verba requirūtur, sicut in legitimis actibus, & heredum institutionibus, Seruij sententiæ locus esse possit, vbi verò sola mens attenditur, vt in fideicommissis, Tuberonis opinio præualeat. Nam & recte Quintilianus, lib. 9.cap.2. *ut nemo contra id quod uult dicit, ita*

potest aliquid melius uelle quàm dicit. Et verò Tuberonem cùm Trebatius in l. vinum. penult. de vino triti. & oleo legat. ubi sensum testatoris alium putat, alium verborum: tum Papinianus ipse & Sceuola, aliique passim sequuntur. Ipse quoque Vlpianus, in l. locus. D. de verborum significatione. cui non videtur placuisse ratio Seruij, opinionem singulorum in ponendis nominibus reiicientis, quia & locum à fundo separari ait opinione nostra, & constitutione, siue affectione. Sane Iustinianus non semel Tuberonem sequitur. Itaque ait: *ubi manifestissimus est sensus testatoris, uerborum interpretatio nunquam ita ualeat, ut melior sensu existat,* l. si quis filium. C. de lib. præter. Ideoque non immeritò iactat frequentissimas leges se posuisse, testatorum voluntates adiuuantes, l. vlt. C. de postum. hered. institut. vt præter d. l. si quis filium: apparet ex l. quidam. C. de necessitat. & seruit. hered. instit. l. cùm quæstio. C. de legat. l. cum virum. C. de fideicommiss. l. cum antiquitas. C. de vsufructu. §. nostra autem. Institut. de legatis. quæ omnes sunt Iustiniani. Nunquam tamen scripsit, sine verbis institutionem heredis fieri posse, sed ex quibuscumque verbis eam colligit, etiam contra verba. Hæc insuper regula obtinet in legatis. Itaque siue plus, siue minus legare quis voluerit, quàm scriptum sit, voluntas, non scriptura, seruabitur, l. qui quartam. 15. de legat. 1. l. qui heredi. 44. §. si pars. de condit. & demonst. Quo tamen casu putarem legatum ante Iustiniani constitutionem in fideicommissum versum, vt & aliis ostendemus exemplis. Neque enim verba tam in legatis seruiunt proposito & voluntati, quàm in fideicommissis, l. si alij. D. de vsufruct.

vſufruct. legat. in qua illa verba, *errore labitur*, ſic intelligenda ſunt, labi errore teſtatorem, ſi putat iure directi legati valere, quod ibi relictum eſt. Nam vt puto; Modeſtinus fideicommiſſariam interpretationem non reiiceret, quam & alibi admittit, l. legatum. D. eodem. Manifeſtam porro voluntatem, euidentem, ſpecialem, apparentem, nominatam etiam intelligunt Iureconſulti, cùm dicunt, *niſi euidens, aut euidenter, niſi ſpecialiter, niſi appareat, niſi nominatim, &c.* vt exemplorum pleni ſunt libri noſtri. Manifeſta eſt autem, etiamſi tantùm veriſimilis, & quæ naturaliter vnicuique inſita eſt, vt in ſequentibus probabimus. Manifeſtæ verò voluntatis verbis prælatæ exempla ſunt clara in l. penult. §. Lucius Titius. de legat. 2. l. Gaio. §. 1. D. de aliment. & cibar. legat. l. Publius. in fin. D. de condit. & demonſt. l. Paulus reſpondit. 61. D. ad Trebellian. l. quidam in teſtam. 30. de legat. 2. Scio in hanc claſſem referri l. heredes mei. §. cum ita. D. ad Trebell. quaſi neptis vocetur ad partem contra verba fideicommiſsi. Ego verò crediderim, etiam nepotem ſuperſtitem ex verbis non poſſe admitti, cùm ſuperſtiti fratri, non nepoti, pars iuſſa fuerit reſtitui. Quod & Papiniani illa verba ſatis oſtendunt, *ceſſante prima ſubſtitutione*, id eſt, primo fideicomiſsi gradu. Itaque cùm neuter, ſiue nepos, ſiue neptis, verbis niti potuiſſent, & tamen voluntas eis faueret, non quidem æqualiter, ſed per certos gradus, & ſub diuerſis generibus, nam filiorum liberi admittuntur ex primo gradu fideicommiſsi, neptis ex ſecundo, illi ſi vnus filiorum deceſſerit, hæc ſi vterque, Papinianus neque verba neque voluntatem,

disertè seruauit,sed vt in perplexis fieri solet,ad partiendam hereditatem vtrumque admisit, quemadmodum & aliàs Iureconsultus fecerat,exemplo decreti principalis in l. si paterfamil. cum seq. D. de hered.instit. Ergo in d.§.cùm ita.non est exemplum voluntatis integrè conseruatæ,neglectis verbis, sed temperatæ & pro parte custoditæ. Commodius autem huius regulæ exemplum caperemus ex §. seq. qui est finalis. d. l. heredes mei. Quo loco Papinianus gradus fideicommissi à testatore præscriptos contendit,contra naturam disiunctiuæ,*uel*, qua concipitur fideicommissum. Quia filij magis quàm nepotes, & hi quàm cognati videntur fuisse dilecti. Atque eam rationem in animo habuit idem iuris auctor, in non dissimili specie,l.cùm pater. §. penult. de legat.2. Denique in d.§.fin. inter filios matri electionem aufert, quàm illi in aliis nepotum & cognatorum gradibus tribuit, quamquam electio inter filios ex illis verbis,*uel uni eorum*, elici potuisset. Sed maluit Papinianus ex his colligere, hanc mentem defuncti fuisse, vt fideicommissaria inter filios fieret substitutio. Itaque inuicem videntur filij substituti. Nam cùm vel vltimo superstiti consulere voluit, exinde acutissimi vir ingenij prouidit, defuncti consilium fuisse, vt inter eos fieret substitutio, ideoque facultatem eligendi, quantum ad eos, matri hoc pacto denegauit. verum ego miror ad hanc vicissitudinariam substitutionem non respexisse interpretes, quæ prudentiæ & acuminis Papiniani summũ est argumentum.Certè responsum illud non minori commendatione dignum est,quàm
l.cùm

l.cùm auus. aliæque à Iustiniano celebratæ. Consequitur alia definitio præcedenti non contraria, sed ab ea diuersa, qua sic statuitur à Iureconsult. *Cùm in uerbis nulla est ambiguitas, non debet admitti uoluntatis quæstio*, l.ille aut ille.25.de legat.3. Cuius exemplum à Sceuola mutuari iure quis poterit, cùm responderit ex facto, satis id quod quæreretur, aperte verba quæ proponerentur declarare, l.generali capite.§.idē quæsiit.in fin.de vsufr. leg. Atque in verbis nullam esse dubitationem cùm volunt ostendere Iureconsulti, aiunt sæpissimè, *non est dubium, non est dubitandum, manifestum est, non est ambigendum*: quæ tamen & in voluntate aperta aliquando vsurpant. Præcedens autem regula circa manifestam voluntatem versabitur, hæc circa dubiam, & de qua quæritur. Itaque voluntatis quæstio, id est, obscura voluntas, non est præponenda verbis, sed manifesta tantùm, d.l.non aliter. in princ.de legat.3.l.quid ergo.90.de legat.1. ibique est notabile exemplum. Vbi autem est quæstio voluntatis, ibi & incertam esse non ambigitur. Nam si certa & manifesta esset, cur de ea quæreretur? Sola itaque manifesta est voluntas, quæ verbis claris & apertis præponitur. Quamobrem etsi dixerit Iureconsultus in specie l. si quis testamento. 79. de legat. 1. *nullam hæc uerba recipiunt ambiguitatem, ut dena dixisse uideatur, qui decem dixit*, tamen si manifesta esset contraria voluntas, etiam propriæ verborum significationi præferenda esset, vt ex præcedenti regula constát. Idemque statuo in l.si scripsisset. 46.de legat.2. Nam illa Proculi verba, *quantum ad uerborum significationem attineret*, non obscurè innuunt, ex euidenti voluntate contrarium statui posse, contrà

quàm si voluntatis quæstio incideret. Cùm autem ait Iureconsult. in regula, non debere admitti voluntatis quæstionem, nemo ita exaudiat, vt vetet de voluntate queri, vel quæstionem propositi ac consilij testatoris recipi. Neglecta enim etiam propria verborum significatione in primis scrutandum monet, quid testator demonstrare voluerit, l.cùm de lanionis.§.asinam. D. de fundo instr.& instrum.leg. Sed huius intentionis fuit Iureconsult.in dicta regula, vt noluerit obscuram voluntatem, & de qua quæritur ac dubitatur adhuc, nec manifesta fieri potest, admittendam & præferendam esse, in præiudicium claritatis & proprietatis verborum. Quinimo nec est voluntatis coniectura, ex ipsis verbis minime ambiguis capienda. Ecce enim, qui complures libertos relinquebat, tribus ex his fundum legauerat, & petierat, vt curarent, ne de nomine suo exiret. Ex tribus qui primus moriebatur, alio conliberto, minime collegatario reliquit: an possit, quæritur. Et respondet valens, satis illum facturum, etsi alij reliquisset. Quia etiam alij liberti de nomine sunt patroni. Itaque verba non sunt ambigua. Quamuis igitur voluntatis tantùm quæstio esset, quia tribus tantùm reliquerat, tamen contra verba clara dubiam ex verbis voluntatem, quia nihil aliud eam adiuuabat, insuper habuit Iureconsult.l.is qui.94.de leg.3. Ex his autem duabus regulis manifestum est, interpretes nostros satis obscurè statuere verba clara præferri voluntati. Quinetiam ipse Baldus in l.1.in fin. C.de lib. præter. existimauit mentem præferendam verbis, nisi esset omnino contra verba. At potius, tutius erit sequi definitiones nostras, quibus statuimus,

mus, verbis etiam claris præferri voluntatem manifestam, voluntati obscure & in quæstionem positæ præferri verba ambigua melius esse. Alia porro sit regula: *Verba autem uoluntati iungi tutius meliusque est.* Itaque Celsus sententiam Seruij reiicit, quia nec verbis nec voluntati defuncti accommodata est, l. si ancillas. 63. de legat. 1. Contrà Iulianus eam sententiam laudat, in qua significatio verborum voluntati defuncti congruit, l. ab omnibus. 104. in princ. de legat. 1. Huius rei nobile est exemplum in cognitione principali, quam refert Paulus, l. vltim. D. ad Trebellian. in qua ea sententia quæ meris verbis nitebatur, ab ea quæ verborum & voluntatis consensum habebat victa est. Sequitur alia: *Manifestam porro euidentemque uoluntatem coniecturæ tam ex uerbis quàm extra ea sumptæ efficient.* Cuius regulæ exemplum, vt omittam cetera, petendum ex l. licet. de legat. 1. In qua cùm definitum esset post rescriptum Seueri, ex voluntate testatoris videri à substituto repetita, quæ ab instituto fuerant relicta, si tamen euidens voluntas contraria fuerit, eam sequemur, quam ex coniecturis eliciendam nonnullis ibi adscriptis Iureconsultus monet. Si igitur de fideicommisso agatur, nec voluntas sit vsquequaque perspicua, coniecturis operam dabimus, vt eam manifestam reddere posimus, quæ aut ab ipsis fideicommissi verbis, aut aliunde sumendæ erunt, l. cùm proponebatur. D. de legat. 2. Etsi verò pro facti varietate diuersæ sint, nec facile numero posint comprehendi, tamen verbi gratia quasdam referemus, ex ipsis Iureconsultorum responsis collectas. Quarum prima sumpta est à ratione in relinquẽdo fideicommisso expressa, quæ vel ampliat, vel

vel restringit fideicommissum, l. cùm pater. §. dulcissimis. de legat. 2. in qua verba illa, *ne quam cum his controuersiam habeas*, arctant dispositionem ad ea quæ communia erant, necdum diuisa, aut in corpus proprij patrimonij redacta. Exceptio etiam voluntatem informat. Nam qui domum instructam legat, & argentum ac rationes excipit, non potest non videri de ceteris rebus, quæ in ea essent, sensisse, l. quæsitum. §. idem respondit domo instructa. D. de instr. & instrum. legat. Præterea à conditione fideicommissæ apposita interpretationem ducimus, & nonnunquã fideicommissum extendimus, l. denique. §. interdum. D. de pec. leg. Nam etsi peculium legatum non videatur, quamuis seruo libertas relicta fuerit: quinimo necdum ipse seruo legato, quia eum non sequitur, nisi legetur, l. si legatur. antepen. D. eod. cùm etiam seruus si vitetur à testatore rationes reddere, non propterea lucrifaciat reliqua, l. seruus vetitus. 119. de legat. 1. tamen si legato libertatis hæc conditio adiecta sit, vt rationibus redditis centum inferat heredibus, peculium legatum fuisse præsumitur, d. §. interdum. Illa enim conditio, *si sine liberis*, potens est ad fideicommissum inducendum, vt suo loco probauimus. Insuper non semel moti sunt Iureconsulti, vt propter vim specialis expressionis, generalem quamuis nouissimam arctarent, nec ad eam fideicommissum metirentur, l. heres meus. 100. §. 1. l. vxorem. 41. §. felicissimo. D. de legat. 3. Ob eandem enim rationem euenit, vt nominatim mancipiis legatis, diminuãtur fundi instructi legati, & ex eo cõtra verborum proprietatem secundum voluntatem fiat interpretatio l. cùm de lanionis. §. cui fundum. D. de instr.

instr.& instrum.leg. Nam & specialiter expressa legato tantùm contineri Sceuola respondit, d. l. cùm de lanionis.§.quidam cum. Est & non vulgaris momenti, in fideicommisso interpretando, personæ illius qualitas & conditio, vel quæ relinquit, vel cui aut à qua relinquitur. Hæc enim efficit, vt etiam nudum testatoris de non alienando præceptum valeat, l.filiusfam.§.Diui. de legat. 1. hæc fideicommissum & ampliat, l.denique.in fin.de pec.leg.& restringit, l.vxorem.41.§.codicillis.de legat.3.l.penult. in fi.D. de iure codicil.denique alios effectus habet,qui magis ex sequentibus clarescent.Ipsum præterea defuncti factum coniiciendæ voluntatis argumentum non vulgare præbet, puta, si ante mortem libertos de domo dimiserit. Ob id enim alienatum ab iis eius animum vsque adeo colligimus,vt nec quamtumuis in generali mentione ac dispositione libertorum veniant, l.Lucius.penultim.§.Lucius Titius. de leg. 2. quod obtinet, etiamsi defuncti factum effectum iuris non habuerit, argum.l.3. in fin.D. de instr. & instrum.leg. His porro coniecturis addenda, ea quæ ex ipsa patrisfam. consuetudine sumitur, l.nummis. 75.l.prædiis.§.Titio. l.seruis vrbanis.in pr.de lega.3. l.dominus.§. testaméto.D.de pec.leg.l.ex vsu testatoris.D.de vino trit.& ol.leg. Et quidem ea quantum momenti adferat, ostendit Sceuola, cùm ad tempus testamenti, non mortis, vt regulare est, legatum exigit, l.nomen debitoris.§.1. de legat.3 Exinde verò quæremus regionis & cuiusque loci vsum, vt coniiciamus quid testator senserit, l. cùm de lanionis. §. asinam.D.de instr.& instrum.leg.l. legatis.in fin. de legat.3. Consuetudinem enim atque vsum loquendi verborum

verborum proprietati præualere oſtendunt Iurecõſulti, cùm eum potius attendunt, & credibilem exinde mentem teſtatoris exiſtimant, l.3. §.1. de trit. vino & ol.leg. Itaque vel dicunt, *& uſitatum fere eſt ſic legare*, l.ſi ſeruus legatus.108.§. ſi ita ſcriptum. de legat.1.vel adiiciunt, *& conſuetudo loquendi id ita eſſe declarat,* l. anniculus.1. D. de verb. ſign. alibi verò, *& ita loqui ſolemus,* l.41.in princ. D. de manum. teſt. item, *ſic loquimur habere nos, &c.* d.l.3.§.1. D. de trit. vino & ol.leg. Siue igitur ſit vſus iuris,vt in l.in vſu iuris.D.de verb.ſign.ſiue vſus populi, vt in ſuperioribus exemplis, nobis erit in fideicommiſsis interpretandis maximè ſequendus & obſeruandus, vt quod legimus feciſſe Ciceronem,teſtantibus ac diſponentibus eum relinquamus: ſcientiam verò, ac propriam verborum ſignificationem earum rerum curioſis ac ſtudioſis ſeruemus. His connectitur alia regula: *Coniecturæ non tantùm à facto, ſed etiam à iure ſumuntur.* Quæ definitio ideo neceſſaria fuit, quia vt vagam hanc de coniecturis tractationem, quantum fieri poſſet, in ordinem redigeremus, atque in breue cogeremus, ex facto deſumi coniecturas præcedens explicatio docuit, à iure verò etiam elici demonſtrabimus. Et quidem, vel à naturali, vel à ciuili iure deducuntur. Ratio enim naturalis parit fideicommiſſum, quod aliàs ex verbis non poterat deduci, vt puta,cùm pietatis coniectura conſyderatur,quam in aſcendentibus erga deſcendentes facile ſuſpicamur. Itaque nec filij naturales ſeparantur à patribus, quamuis ex verbis eos cõſtaret diuerſis legatos fuiſſe, l.vxorem.41.§.codicillis. in fin.de legat.3. Non enim mirum, ſi hæc ratio naturalis fideicommiſſum

ſuſtineat,

ſuſtineat, cùm etiam & illud ceſſare faciat, aut ſaltem diminui. Ideoque & coniectura pietatis defeciſſe fideicommiſſum dixit Papinianus.l. cùm auus. D.de condit. & demonſtr. Et ſi quis duos filios habebat, cum alterum deceſsiſſe putaret, pars tantùm fideicōmiſſorum à ſuperſtite relictorum debebitur, quia pietatis intuitu credimus non fuiſſe tantumdem filio ablaturum, niſi ſolum putaret ſucceſſurum, l. penult. D.de iure codic. Sic videmus ab ordine naturæ ducere coniecturam Iureconſultum, cùm ait vix eſſe, vt legatarium ex reditibus voluerit ante dare teſtator, quàm fructus ipſe legatarius percepiſſet. Similiter ex eodem fonte rationis, de cōditione quæ voluntate etiam regitur loquens Iureconſultus ait, abſurdum viſum eſſe antè diem præterire, quàm is exiſteret, quem oporteret accipere l.ſi in diem.46.D. de condit.& demonſtr. Ab ipſa etiam natura pendet ea interpretatio, quam facit Iureconſultus, cùm fundus excepto ædificio relinquitur. Nam etſi dubiū eſſe poſsit, an ſolum quoque, cui ædificium ſuperpoſitum eſt, legatum ſit, tamen inclinandum eſt, teſtatorem etiam de ſolo cogitaſſe, ſine quo edificium ſtare non poſſet, l.ſi fundum.81.§.qui fundum. de legat.1. In hanc claſſem coniicienda & illa interpretatio, qua legatum tritici nullum ſtatuitur, quo ſinguli modij centum pondo pendeant, quoniam eiuſmodi triticum in rerum natura non eſſet, l.quidam.in fin.D.de trit. vino & ol.leg. Illa etiam mihi ad naturalem rationem ſpecies accedere videtur, in qua Marcellus reſpondit iniquum videri, vt ad ſecundum fideicommiſſarium citius perueniat relictū quàm ad primum. Nam nec ordo naturalis hoc patitur,

tur, l. Publius.§.Titia.D.de condit.& demonstr. Ab eodem fonte deriuauit Marcus Imperator fideicommissi interpretationem, quam ex his testatoris verbis colligit, *non dubitare se, quodcumque uxor eius cepisset liberis suis reddituram*: quæ quidem pro fideicommisso esse accipienda rescripsit in l.vnum ex familia.in fin.de legat.2. Nititur enim naturali ratione tota hæc interpretatio, atque ex fonte honestatis coniugalis petita est, ne pater decipiatur in iis, quæ propter honorem bene transacti matrimonij vxori reliquit: cùm alioquin nec verbis fideicommisso aptis relictum esset, vt ibi Papinianus ipse fatetur. Puto etiam his adscribendum principiis, cùm in fideicommissis ordinem, certosque gradus constituimus, magis ex ordine charitatis præsumptæ, quàm ex verbis ipsis, vt exempla sunt in l. heredes mei.§. vltim.D.ad Trebellian.l.cùm pater.§. pen.de leg.2. Hæc postremò causa est, cur legatis ornatricibus legato cedant etiam eæ, quæ duos menses tantùm apud magistrum fuerunt, cùm omne artificium incrementum recipiat, omnesque adhuc discere possint: idque naturæ humanæ congruum esse ait Iureconsult.l.legatis.§. ornatricibus.de legat.3. At verò, è medio iure ciuili, & eius regulis fideicommissorum interpretationem depromi ostendam responsis aliquot Papiniani, qui & gloriam hanc interpretandæ volũtatis propriã sibi fecit. Cùm igitur præceptũ ac regula iuris ciuilis esset, fructũ instar partis rei obtinere, si fundus per fideicõmissum relictus est, cuius sit fructuarius heres, solidus tamen erit præstandus non deductis fructibus, quia fructus pars rei est, l. cum filius.§.dominus.de legat.2. Totum autem, non pars

pars per fideicommissum relicta est, & fundi legato proprietas venit,l.si Titio fundus.D.de vsufr.legat. Neque obstat quod dicitur vsumfructũ in iure, non in parte consistere,l.Mæuio.66.§.pen.de leg. 2. Nam vsusfructus in parte consistit, non quidem corporis, de qua intelligenda d.l.Mæuio.sed iuris. Itaque dicitur à Papiniano instar partis obtinere.d. §. dominus. Fructus fundi pars sunt corporis,vsusfructus pars iuris.l.vaccæ emptor. D. de euict. Similiter ex eo præcepto iuris, quo dos soluto matrimonio redditur, respondit Papinianus non venire dotem prælegatam,etsi mulier rogata sit restituere quidquid ad eam quoquo iure ex bonis mariti peruenerit,l.cùm pater. §.fidei tuæ.de legat.2. Sic etiam, ne filia post primas nuptias indotata constituatur,quod ratio ciuilis non admittit,l.1.& ibi notat.D.sol.matrim.fideicommissi fit interpretatio, d.l. cùm pater. §. pater certam. Præterea,ex consequentia emancipationis iniunctæ, quæ mere ciuilis est, ea sequuta restitutionem hereditatis fieri voluisse interpretantur Papinianus,l.mater.93.D.de cond.& demonst.Valerianus,l.quamuis. C.de fideicom. post Papinianum. Cuius responsum aliàs vitiosè incipit, Pater,cùm Florentina editio,vt & quædã vetustiores eam quo diximus modo exordiantur. Nec in eo tantùm error. Nam finalia Papiniani verba valde mendosa sunt.In quibus legendũ non, *substitutionis*,de qua nulla mentio in specie proposita, quinimo filiæ patri coheredes purè datæ fuerant, ideoque adiectæ non substitutæ:Sed legẽdum, *potestatis*,quo verbo vtitur Imper. d.l. quamuis. Aut verò, proprius ad vulgarem scripturam, tota illa periodus sic reconcinnanda est: *nec ad rem pertinere, si*

portionem filiarum iure suo is quæsisset, id est, iure patriæ potestatis. Quia tunc aduentitia statim patri quęrebantur. Instit. per quas pers. cuique adquir. Itaque & legari filio à patre poterant, l. Lucius Titius. 88. in princ. de legat. 2. Error autem ex compendiaria scribendi ratione, quæ olim iuris ciuilis libros occupauerat, manare potuit, cùm notissimum sit substitutionis vocabulũ ita contrahi, vt prima syllaba & vltimæ duæ tantùm litteræ describantur. In summa, exemplum singulare intellecti fideicommissi continet d. l. mater. Postremò, vt in his exẽplis modum retineam, cùm iure ciuili copula, *&*, plenariam inducat repetitionẽ, idcirco fit, vt si fundus ita vt instructus est sit legatus & domus superior, instructa etiã domus iuris coniectura fideicómisso contineatur, sic vt contrariæ voluntatis probatio ei à quo petitur incũbat, l. Seiæ. §. Caio. D. de instr. & instrum. legat. vbi & hanc iuris ciuilis coniecturã notat Accursius. Neque verò solũ à præceptis & regulis iuris ciuilis desumitur fideicómissorũ interpretatio, sed & ab ipsis moribus ciuium Romanorum. Ad quos Pomponius respiciens, domo instructa suppellectilẽ legatã, non etiam vina respondit: quia domus vinis instructa intelligi non potest, l. si ita. §. 1. D. de instr. & instrum. leg. Cùm tamen aliud sit hortis instructis legatis, quia vina quæ ibi fuerunt, quò dominus esset instructior, continentur, l. quęsitum. §. idem respondit. D. eodem. Frugalius enim domus, quàm hortorum legatum. Quia domus honestatis & parsimoniæ sedes est, horti voluptatis. Itaque & hortis Venus præest, quæ sine Cerere & Baccho friget. Adiungenda autẽ est & superioribus hæc definitio; *Voluntas vaga & incerta, uel à iure, uel à iudice*

diligenti

diligenti circumstātiarum inspectione certior redditur. Nam de iure vt infinita,quæ dici possunt, exempla omittam, sufficiet restitutionis fideicommissariæ tempus non expressum,quod ad mortē non expressum,quod ad mortem referēdum esse constitutum est,l.epistolā. 75.in fi.D.ad Treb.l.vxor.41.§.pen.de leg.3.Pariterque si vsusfructus municipibus relictus est,ne sit inutilis proprietas semper abscedente vsufructu, receptum, vt centum anni obseruentur,qui finis vitæ longissimus est,l.si vsusfructus.D.de vsufr.leg.De iudice manifestum sit ex his visionibus. Si enim numerus nummorum legatus sit, neque appareat de quibus senserit testator, aut quales præstari voluerit, ad coniecturas respiciet iudex, & ex incerta rem certam faciet,l.si seruus plurium.50.in fin.de leg.1.Idemque obseruabimus, si voluerit defunctus artificio seruum instrui.Nam genus artificii à iudice,vt dictum est determinabitur,l.Stichus.12.de legat.3. Quod obtinet, etiam si cui annuum fuerit relictum sine adiectione summæ,l.si cui. 14. D.de annuis legatis. Atque hæc causa est, cur in alia specie responderit Papinianus, facilem iudici voluntatis coniecturam fore, ceteris patris facultatibus examinatis, l. quęsitum. §. sed & ipse. D. de instr. & instrumento legato. Denique in toto iure, primùm quid actum sit inspicimus, deinde quid verisimiliter cogitatum,l.2.§.1.de hered. vel act.vend.l.4.D.de fide instrument. l. obligationum substantia.D.de obligat.& act.cum similibus. Quod verò de iudice diximus,idem & de Iureconsulto statuendum, qui de fideicommissis consultus respondet. Quamquam & hic,cùm de facto absolutè & in

plenum nō cognoſcat vt iudex, ſed ſecundū ea quæ ſæpe breuiter proponuntur reſpondeat, cogatur ſæpiſsime ampliorem cognitionem iudici committere, argum.l.quæſitum.§.1.de legat. 3.l. Mæuia.in fin.D. de annuis legatis. Hæc autem regula de volūtate intelligenda eſt, quæ perfecta ſit ſaltem ratione perſonæ cui relinquitur,& de qua conſtet. Aliàs enim imperfecta,nulla interpretatione ſuppleri poterit, l.qui plures.D.de vſufruct.legat.Quia verò tota vis interpretandæ voluntatis,aut grauatum,aut fideicommiſſarium reſpicit, nos ideo ſequentibus regulis eam conſtringemus: *In fideicommiſſis modo pro fideicommiſſario, modo pro herede,ut imperat uoluntas, interpretatio facienda eſt.* Hæc enim cùm dominetur in fideicommiſsis, merito eam tamquam aurigam ſequemur. Denique pro eo interpretatio erit capienda, cui defunctus conſultum voluit, cuiuſque contemplatione fideicōmiſſum reliquerit,l.cùm pater.§. curatoris.de legat.2.l.fideicommiſſa. §. interdum. de legat.3. l. in ratione.2. §.tametſi.D.ad legem Falcidiam. Quòd ſi anceps ſit voluntas,cautio erit adhibenda, quam ſequentes regulæ præſtabunt: *Si de fideicommiſſo inducendo,magis heredi,ſi de inducto ſuſtinendo,magis fideicommiſſario,ſi de inducto moderando & temperando, potius heredi fauendum erit.* Quæ definitio cùm tres habeat partes, triplici etiam à nobis interpretatione donabitur. Prima verò pars ideo heredem reſpicit, quia fideicommiſſum cùm ſit onus, l. coheredi. §.cùm filiæ.D. de vulg. exiſtimandum eſt defunctum voluiſſe tantùm onerare teſtatorem, quò minus non quò magis poſſet,l.fideicommiſſa.§.ſi quis decem.de legat.3. Nam

&

& regulariter heredi consultum voluisse, non eum adstrinxisse aut onerasse interpretamur, l. qui quatuor. §. qui fundum. de leg. 3. l. 1. §. Celsus. l. antepen. D. de dote prælegat. l. 4. de trit. vin. & ol. legato. l. Sticho. in fin. D. de vsufruct. legat. Eoque fit, vt directam potius, quàm precariam substitutionem credere debeamus, c. si pater. de testamentis. in 6. Hæc autem, vt diximus, obtinent in dubia voluntate. At si manifestè aliud appareat, & coniecturis siue à verbis, siue aliunde sumptis, mens defuncti possit deprehendi hanc seruabimus, & pro fideicommissario potius respondebimus, l. quidam. in princip. du trit. vino & oleo legat. argum. l. in ratione. 2. §. tametsi. D. ad legem Falcidiam. quamuis intellectum non expressum sit fideicommissum, vt non vulgaribus exemplis iam demonstrauimus. Ideo verò secunda definitionis pars ad fideicommissarium refertur, quia de voluntate minime dubitatur: constat enim relinquere voluisse, sed circa rem personam aut formam, occurrit difficultas. Quo casu ita erit interpretatio facienda vt sustineatur fideicommissum, neue sit inutile, l. Titia. 34. §. Lucius. de legat. 2. l. seruo alieno. 113. §. si ab impubere. de legatis 1. l. si quis annuum. 14. D. de ann. legat. l. legatum. D. de vsufr. legat. & ne frustra relictum videatur, l. si quando. 109. in principio. de legat. 1. vt sit purum potius, quàm conditionale, l. quidam testamento. 96. in principio. de legat. 1. Regulariter enim intelligendum, gratia fideicommissarij fideicommissum relictum, l. fideicommissa. §. interdum. D. de legat. 3. nisi fideicommisso natura rerum repugnet, l. quidam. in

fin.de tritico,vino & oleo legato. Atque hæc ratio fideicommissi sustinendi efficit, ne repetita videatur conditio,quæ inutilia fideicommissa facit, l.vltim.in fin.D.de fid. lib. quamuis regulariter diei & conditionis repetitionem inesse dicamus, l.in repetendis. D. de legat. 3. Tertia regulæ pars heredi quàm fideicommissario propensior est,quia ei tamdiu fauemus, quamdiu contraria voluntas non apparet. Ergo si duos fundos,duas-ve quantitates vni reliquerit testator, deinde adscripserit, vt cui bis legasset semel daretur, constat quidem ex legatis alterum ademptum,sed de quo senserit, incertum. At verò, in heredis fauorem, exiguius esse præstandum ait Iureconsultus,l.si ita sit. 14. in fi.de leg. 1.Idem eueniet, si eiusdem nominis duos fundos habeat, non eiusdem pretij. Namque vno singulariter legato, non maior aut dignior, sed vilior & minor debebitur, l. cùm seruus. §. scio. D. eodem. Similiter, cùm binæ tabulæ testamenti eadem die scribuntur, in altero verò maior quantitas, in altero minor legata sit, heredi parcendum esse Proculus respondit, minoremque quantitatem legatam videri, l. Sempronius. 47. de legat. 2. Eadem obseruantur, & cùm æstimatio patrimonij fideicommissi nomine fit à testatore. Nec enim præsens testamenti tempus, sed mortis quo auctius esse potuit, heredis gratia attenditur, vt in nobili specie tractat Sceuola, l. vltim. §. 1. de legat. 2. Denique vt modum in his exemplis tradendis ponamus, etsi testator fideicommissum amissum rursus præstari voluerit, sic tamen interpretabimur, vt bis tantùm debeatur, l.
fideicom

fideicommissa. §. si quis decem. de legat. 3. Et cùm electio heredi competat, vtram ex duabus rebus legatis præstare voluerit, mollienda erit interpretatio, ne potestas eligendi ei auferatur, l. Titio vsusfructus. D. de vsufruct. legat. Superior autem regula hanc veluti pro appendice habet, qua sic constituimus. *Vbi regulariter heredi aut onerato faucmus, contrariæ uoluntatis probatio fideicommissario, ubi autem huic propensiores sumus, grauatis probatio incumbet,* d. l. cùm seruus. §. scio. de legatis. 1. l. Lucius. 22. de legatis. 2, l. fideicommissa. §. si rem. l. quæsitum. §. 1. in fi. de leg. 3. l. codicillis. in princ. D. de ann. leg. l. penultim. de dote præleg. l. cùm de lanionis. §. item cum de instr. & instrum. legat. etsi ex præsumptione tantùm & coniectura fideicommissum oriretur, l. generaliter. §. si petitum. D. de fid. lib. Quæ definitio necessaria fuit, quod voluntatis coniectura sæpe facti sit, l. seruus. D. de verborum significat. ideo probationis necessitatem ei oporteat incumbere qui ea nitatur. Illis verò & hæc adiicienda: *Si non dubia fuerit uoluntas, nec una tamen sed uaria & commutata, ultima, nouißimaque seruabitur.* l. si quis. in principio. 22. l. cum quis. 37. §. qui testamento. de legat. 3. l. per fideicommissum. 90. D. de cond. & demonst. l. Seiæ. in principio. D. de instr. & instrumen. legat. Quæ tamen definitio vitium & exceptioné patiatur necesse est, cùm specialis expressio generalem præcedit, vt in præcedentibus regulis ostendimus, arg. l. heres meus, §. 1. l. vxorem. §. felicissimo. de leg. 3. Circa verò probationem eiusmodi voluntatis, quæ ab ipsis fideicommissi verbis peti non potest, hæc

regula tenenda est: *Mutatæ defuncti uoluntatis probatio ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat, conseruatæ uerò ad eum qui petit*, d.l. Lucius.22. cum multis aliis, quæ quidem in penultima regula suprà à nobis adductæ fuerunt.

De variis vltimæ voluntatis figuris, quæ fideicommissorum habent similitudinem, & quantum inuicem distent.
CAP. XVI.

QVIA verò variæ sunt vltimæ voluntatis figuræ, quæ similitudinem habent cum fideicommisso, ab eo tamen toto iure distinctæ ac separatæ sunt, ne tali similitudine decipiamur, hæc præcepta tenenda sunt. *Fideicommissum à consilio, commendatione, nudo ministerio, substitutione directa, & ea scriptura, quæ scribentis auctoritatem duntaxat continet, diligenter est discernendum.* Ideo autem consilium à fideicommisso separamus, quia illud obligatorium non est, etiam si de fideicommissa libertate agatur, l. generaliter. §. si petitum. D. de fid. lib. hoc verò contrà, cùm sit ad iuris necessitatem redactum. §.1. Instit. de fideicom. hered. Itaque fideicommissum præcepti loco est, ac necessariò præstãdum: consilium non item. Præceptũ autem à cõsilio, & Paulus.1. ad Corint. distinguit. Vt verò cõsilium à fideicommisso distinguamus, eadem enim verba ad vtrumque pro circunstantiarum & adiunctorum diuersitate referri possunt, d.l. generaliter. §. si petitum. tres sunt tenendæ regulæ. Prima erit, *Consilium est potius quàm fideicommissum, cùm salutis & incolumitatis*

incolumitatis alicuius ratio habetur à defuncto potius, quam relinquendæ pecuniæ suæ. Quæ Papiniani responso satis illustratur in l.cum pater.§.mando filiæ. de legat.2.in qua illa verba, *pro salute ipsius solicitus*, item illa, *ita enim poterit sine periculo uiuere*, consilium magis quàm fideicommissum pecuniarium arguunt. Altera est: *Fideicommissum est non consilium, quoties ij, quorum respectu & occasione rei relictæ datur consilium, nominantur, aut demonstrantur.* Etsi ergo heredem rogauerit curare & diligere prædia, quæ verba consilium merum continent, tamen si adiecerit, *ut possint ad filios tuos peruenire*, satis ostendit enixum in filios animum, eiusque esse voluntatis, vt ad eos prædia perueniant. Quamobrem & inuitati ad fideicommissum existimandi sunt, l fideicommissa.§. hæc verba. de leg.3. l.cùm filius,76.§.pater.D.legat.2. Hæc potissima est ratio, cur in l.penult.§.matre.de legat.2. fideicommissum sit potius quàm consilium, quia demonstrantur filij sororum, quibus ea bona restitui verisimiliter defunctus voluerit, à quibus alios nominatim arcebat. Tertia regula sit: *Consilium est, non fideicommissum, quoties nominantur quidem aut demonstrantur aliqui: sed non tam euentus à iudicio testatoris proficiscitur, quàm alterius uoluntati & arbitrio committitur.* Cuius regulæ exemplum est in l. testatorem. 68. de legat. 3. Nam qui dicit: *curate agros attendere, & ita fiet, ut filius meus filios uestros uobis condonet*, à filio nihil per fideicommissum relinquit, in cuius potestate quàm in sua ponit euentum. Ergo consilium est, non fideicommissum. Idemque statuendum, si ita loquatur defunctus: *proprietatem puto te consequuturum, si non contenderis cum herede meo, sed potius concordaueris.* Non

enim propterea proprietas tamquam ex fideicommiſſo relicta videbitur, quia conſilium eſt potius, quàm legatum aut fideicommiſſum, l. generali capite. in prin. D. de vſu & vſufru. leg. Quod autē de conſilio diximus, idem & de commendatione dici poteſt, quæ ſimiliter obligatoria non eſt, l. ſi verò. §. cùm quidam. D. mand. Itaque regulariter commendandi verbo fideicommiſſum non relinquitur, vt docui aliàs, proprio capite de verbis directis & precariis in tractatu ſubſtitutionum. Eo enim verbo ſimpliciter prolato, non tam neceſsitas impoſita, quàm arbitrium relictum videtur, l. Thais. §. Lucius. D. de fid. lib. cùm aliud ſit perſonam commendare, aliud voluntatem ſuam heredibus inſinuare, l. fideicommiſſa. §. 2. de legat. 3. in qua vt hoc obiter moneam, verbum, *fideicommittentis*, cùm gloſſema olim fuiſſet oppoſitum pronomini, *ſuam*, poſtea in contextum irrepſit, non ſine iactura ſententiæ Iureconſulti: quod vt otioſum expungendum iudico. Porro, quod attinet ad eam ſcripturam, quæ meram teſtatoris auctoritatem continet, ob eaſdem cauſas à fideicommiſſo ſeparanda eſt, cùm nullam pariat obligationem, eamque liceat negligere, l. ita autem. 5. §. Papinianus. cum ſeq. D. de adminiſtr. tutor. vbi præcepta appellantur. Recte enim Pomponius ad Q. Mutium adnotauit, in teſtamentis quædam ſcribi, quæ ad auctoritatem duntaxat ſcribentis referantur, nec obligationem pariant, l. Quintus Mutius. in pr. D. de ann. legat. Vbi alia etiam exempla nudæ huius auctoritatis, quæ in arbitrio poſita ſit, referuntur. At verò nudus miniſter, ſiue executor, ab eo qui fideicommiſſo grauatus eſt, merito ſecernitur, quia iuris effectus

effectus diuersos est sortitus. Nudus minister est,cui nihil iure dominij datur, sed ministerium tantùm imponitur. Relinquitur quidem ei, l. Lucius.88.§.1. de legat.2. sed non vt plus iuris in relicto consequatur,quàm quatenus ministrabit alteri. Nam alioquin nec ante petere poterit relictum, quàm præstare debeat, l.Lucius. 78.§.1.D. ad Trebellian. Itaque nec vllum in eo commodum sentit, l.si quis Titio.18.de legat.2. Sed & si minus erogauerit, superfluum heredum commodo proficiet, d.l.Lucius 88.§.1. Quinimo nec si coheredis electum sit ministerium,quidquam ex eo consequetur vtilitatis quatenus minister, etsi in diem ministerium exequi debeat. Medij enim temporis commodum ad heredes pertinebit, nec aliquid iuris in eo habebit, nisi vt coheres, l. filium.in fin.D.de opt.vel elect.leg. In qua negauerat quidem Iureconsultus, ad filiam, cui ministrare mater coheres debuit, pertinere agnata ex seruis legatis: quia de filia tantum quærebatur. Et moris est Sceuolæ illius legis auctori ad quæstionem propositam solùm respondere. Non dubitandum tamen, quin apud heredes maneat commodum,d.l.Lucius. 88.§.1. Quod etiam ex verbis Sceuolæ in fine legis posit deprehendi, cùm ait: *nihil proponi cur ad matrem pro solido pertineant.* Satis enim ostendit communicare inter heredes. Ergo mater, cuius nudum ministerium electum est, vt coheres, non vt ministra, partem tantùm habebit. Pars autem alia filiæ coheredi competet, qui verus est intellectus d. l. filium. Differt verò nudus minister ab eo, cui consilium datur, aut aliquid commendatur. His enim nulla conceditur actio,cum nec obligatio præcesserit.

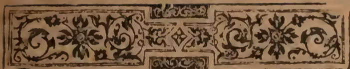
Ille

Ille autem agit quidem, & recte petit, si alteri debeat restituere, l.nulli.C.de episcop. & cleric. nihil tamen iuris in re consequitur, vt dixi. Petit enim quatenus restituere & ministrare debeat, non id quod superfluum est, l.alio herede. D. de alim. & cib.leg. In quo ab eo differt, qui fideicommisso grauatur, penes quem manet commodum, quod non est rogatus restituere: quinimo & portio ipsa deficientis, d.l.si quis Titio.18.de legat. 2.l. pater. 38.§. fideicommisit.de legat.3.Quod si fideicommissarius sit vniuersalis, quartæ beneficium ei competet, vt postea videbimus. In summa, nudus minister neque est propriè legatarius, neque fideicommissarius,nec relictum vt fideicommissum petere potest, d. l. Lucius.§.1.D.ad Trebellian. Sed & nec satisdat,l.liberto.§. largius.D.de ann.leg. Is tamen,cui distribuitur & ministratur, fideicommissarius aptè dicitur, cùm Falcidiam patiatur,intra quam tãtùm relictum con sequitur,d.l.alio herede. Reliquum videbatur, substitutionem & fideicommissum limitibus discernere, quod abunde præstitimus in diuisionibus. Quare signa tantùm quædam ponemus illic omissa, quibus inuicem magis discernantur,& facilior sit eorum interpretatio, si prius monuerimus, leuioris esse negotij substitutiones, quàm fideicommissa interpretari. Ille enim, vt & institutiones, verbis continentur, atque à verborum pendent explicatione. Nulla enim substitutio sine verbis est. Fideicommissa autẽ etiam extra verba sæpe sunt à mente & voluntate repetenda. Et quamquam substitutiones interpretari debeamus, vt potius iure directo quàm precario valeant, cap.si pater.de testam. in 6.tamen si verba aut voluntas

voluntas aliò ducant, ad fideicommiſsi interpretationem deſcendemus, quod nec negat ibi ſummus Pontifex. Inter præcipua verò ſigna, quibus à ſubſtitutionibus fideicommiſſa ſecernimus, tempus & locus præcipuè attẽdenda ſunt. Subſtitutiones enim ſua tempora habent arcta & contracta. Fideicommiſſa itidem ſua, ſed laxiora. Subſtitutio directa, & communis, vltra tempus aditæ hereditatis fieri non poteſt, quia & poſt id tempus extinguitur, l. poſt aditam. C. de impub. niſi ex priuilegio tempora ei prorogentur, puta, ſi pupillo intra pupillarem ætatem, furioſo durante morbo, itemque ſi à milite fiat, l.in teſtamento.C.de teſtam.milit. Fideicommiſſum hæc tempora longè egreditur, & ad quartum vſque gradum fieri poteſt, authen.de reſtitut. fid. ſic vt in eo nec ætatis, nec morbi, nec militiæ vlla ratio habeatur. Si verba ergo ſubſtitutionis vltra tempus aditæ hereditatis, aut impuberis ætatis, aut furoris, porrigantur, poſt illa tempora non directa erit ſubſtitutio, ſed merum fideicommiſſum. Et hanc vim extenſiuam habet verbum, *quandocumque*, itemque conditio, *ſi ſine liberis*, vt Bartolus recte exiſtimat in l.Centurio. numer. 32. verſicul. ſecundo opponam. Idemque de ſubſtitutione, in qua mortis fit mentio, ſentiendum, quæ argumẽtum præbet fideicommiſsi relicti, ſi vltra tempus directarum ſubſtitutionum contingat. Idque veriſsimè notat Accurſius d. l. in teſtamento. C. de teſtam. milit. Præterea, clauſulæ codicillares in teſtamentis appoſitæ, ſiue fideicommiſſariæ ſint, manifeſtè arguunt, teſtatorem ordinaria ſubſtitutionum tẽpora egredi voluiſſe. Codicillaris eſt illa, *ſi non ualet iure teſtamenti, ualeat iure codicillorum:*

cillorum: item illa, *ualeat omni meliore modo quo ualere poßit*: de quibus abunde suis locis diximus. Fideicommissaria verò clausula hæc esse deprehenditur, quæ in ima parte testamenti adiici solebat, *omnē uoluntatem meam fidei heredum meorum committo*, l. codicillis.in fin.D.de vsu & vsufr.leg. Sed inter vtrasque hæc differentia, quia codicillares clausulæ magis intestati causam respiciunt, vt ostendimus proprio tractatu, hæc non item, sed fideicommissum testamentarium continet. Mentio enim heredum non nisi ad testamentarios, de quibus agebatur, referri potest, cùm non dixerit testator, *fidei quorumcunque heredum meorum.* Ergo vt effectum habeat clausula fideicommissaria, necesse est, aditum fuisse ex testamento hereditatem. Alioquin hæc, & quæcumque in testamento scripta corruerent, l.si nemo. D. de testam. tut. vt verè dici posit, vim eius ad omnia extendi, quæ testamento continentur, præter solam heredis institutionem, quæ iure directo valere debet. Alterum signum discernendæ substitutionis à fideicommissis, in locis factæ substitutionis consistit. Nam si in testamento fiat, facilius directa permanebit: sin autem in codicillis, necesse est vertatur in fideicommissum, l.Scæuola.D.ad Senatusconsultum Trebellianum.

* *
*



CLAVDII CHIFLETII IVRECONS. SEQVANI,

DE IVRE FIDEICOMMISSO-rum, liber quartus.

* * *

De personis quæ fideicommissum restituunt. CAP. I.

TOTA vis, & necessitas fideicommissorum, in restitutione consistit. Frustra enim ad necessitatem iuris essent redacta, nisi actionibus & remediis legitimis fideicommissario pro restitutione cautum esset. Vt igitur tam necessarius locus à nobis via & ratione tractetur, atque ad exemplum aliarum huius commentarij partium explanetur ac perpurgetur, in hac restitutionis fideicommissariæ disputatione hic ordo seruabitur, vt à personis, ad res & actiones perueniamus. Quæremus enim primùm qui restituat, & cui restituatur, quomodo & quando fiat restitutio, quid in eam veniat, quive sint eius effectus. Postremò remedia pro restituendis fideicommissis introducta, & vbi peti debeant, persequemur. Is igitur restituere cogitur, qui rogatus est, siue heres sit, siue alius, quem fiduciarium dicimus, l. Si eius. l. si postulante. D. ad Trebellian. dum tamen intra quantitatẽ relicti restitutio

restitutio iniungatur, saluo beneficio Senatuscon-sulti, vt multis probaui in fideicommissi definitione. Sane aliquãdo dubiũ est, quis restituere debeat, quia incertum est à quo relictum sit fideicommissum: sed tamen ex verbis aliis aut coniecturis voluntatem deprehendimus; l.codicillis.in princ.D. de vsufr. leg. Nec tantum heres rogatur, sed & successor heredis restituit, siue Pegasianum Senatusconsultum siue Trebellianum spectemus, l. quamuis.l. postulante. in princ.D.ad Trebellian. Non enim distinguimus personam successoris ab eo, qui nominatim rogatus est restituere, & ius illius à iure huius metimur. Et quamuis vtrumque Senatusconsult. personam tantùm heredis instituti contineat, interpretatione tamen & ad heredis successorem producta est eorum sententia, d.l.quamuis.& d.l.postulante. Ergo, si duo ei heredes extitissent, vti quisque restituisset, pro ea parte transituras actiones responsum est, l.si eius.64. §.si quis rogatus.D.ad Trebellian. Euenit tamen, vt is nonnunquam restituat, qui precibus ad restitutionem alligatus non est, vt exemplis probauimus, cùm de fideicommissis vtilibus tractaremus. Hinc fit, vt cùm aliquis ex fideicommissariis abest, & is qui præsens est cogit heredem rogatum adire, transferantur in solidum actiones in eum qui coegit. Absentes autem, si velint fideicommissum suscipere, non ab herede, sed à fideicommissario petent, qui tamen rogatus non erat, l.cogi.§. Mætianus. D. ad Trebell. Item, si vniuersale fideicommissum fuerit restitutum, speciale relictum, quamuis ab herede relictum, nihilominus tamen ab vniuersali fideicommissario petendum erit, l.vlt.C.ad Treb. Pariter, si quis rogatus duobus

duobus restituere hereditatem, vni scilicet purè, alteri sub conditione, petente puro fideicommissario, vniuersa interim hereditas erit ei restituenda. Ab eo verò petet conditionalis, cùm euenerit conditio, l.1. §.sed & quoties. D.eod. Quid de pupillo constituendũ? Et verò, tutore auctore debet restituere, nec tutor sine pupillo potest, l. restituta. §.1. D. ad Treb. Si tamen infans sit, solus tutor poterit non solum iure veteri, d.§.1. sed etiam nouo, l. penult. in fin. prin. C. ad Trebellian. vbi hoc ius ad furiosos & absentes producitur. Quamuis autem tutore auctore, pupillus qui fari potest, restituere debeat, si tamen rogatus sit tutori restituere, tutore auctore non poterit, vt aliquando decreuit Seuerus, d. l. restituta. §.1. Nam licet tutore auctore, à pupillo tutori solui possit, l. quotiens. §. sicut. D. de administrat. tutor. quinimo ei licitum sit accommodare pupillo auctoritatem, proprij sui debitoris hereditatem adeunti, l.1. in princ. D. de auctor. tutor. ideo tamen restituere non potest, quia in hereditate restituenda cautione summa opus est, vtrum videlicet volens, an coactus, quis restituat, l. qui totam. D. ad Trebellianum. quod totum tutoris arbitrio, de cuius commodo agitur, noluerunt forte iura committere. Vlpianus autem in l. 1. §. fuit quæsitum. D. eodem. huiusce rei hanc reddit rationem, *quia in rem suam auctor esse non potest tutor*, debilem valde & infirmam, quæ denique solutioni simplicis debiti à pupillo tutori factæ conueniat, cui tamen tutor potest auctoritatem accommodare, d. l. quoties. §. sicut. Probabilius dici posset, ideo vetari tutorem auctorem fieri restitutionis sibi faciendæ, quia si mandare actiones pupilli sui alteri

non possit, d. l. restituta. §. 1. multò minus in se transferre poterit. Hæc autem, in pupillo hereditatem restituere, vera esse putarem. Quod si de fideicommisso singulari ageretur, crederem tutori licere, restitutioni sibi faciendæ auctoritatem interponere, cùm non distet à simplici debito hæc causa. Atque hæc in pupillo tantùm procedunt. In adulto, seu minore, aliud ius est, cùm non sit necessaria curatoris auctoritas ad restitutionem. Siue igitur curatorem habuerit, siue non, indistinctè restituet. Quamquam aliàs, distinctio curatorem habentis vel non, necessario sit adhibenda, l. si curatorem. C. de in integ. restit. min. Perueniamus ad alias personas, quæ restitutioni obnoxiæ sunt, & de patre ac domino videamus. Pater quidem ita restituit filio, vt cogi possit ab eo adire, l. cogi. §. si pater. D. ad Trebellian. quia non potest in filij præiudicium, & sine eo, hereditatem recusare, l. is qui heres. 13. §. vltim. D. de adquirend. hered. Nec obstat, quòd lis nulla inter patrem & filium potest existere, l. lis nulla. D. de iudic. quia non iure ordinariæ actionis, & litis iudicialis, patrem cogit filius, sed extraordinaria cognitione, & iudicis officio, cui sæpissime locus est, deficiente omni alia actione. Non item mutat, quòd videatur patri per filium adquiri, l. placet. D. de adquir. hered. Nam in id tempus restitutionis necessitas differetur, quo capere poterit, hoc est, cùm erit patria potestate liberatus, l. vbi purè. 19. in prin. D. ad Treb. Non est autem nouum, vt differatur restitutio, quamuis adire coactus fuerit heres, l. si legatus. l. omnes. D. ad Trebellia. Male igitur Accursius Iureconsultum in d. l. cogi. §. si pater. de filio

filio emancipato putauit intelligendum, cùm tamen expresse potestatis meminerit. Idque maximè patet ex collatione sequentis speciei, in qua de filiofam. milite agit. Inter quem, & filiumfamil. paganum, hæc est differentia, quòd hic cogit tantùm adire, ille etiam restituere. Quamuis vt probè & grauiter subiicit Iureconsultus, contra officium pietati debitum id videatur desyderaturus. Qua sententiosa & graui oratione non est vsus, cùm de filiofam. pagano paulò antè loqueretur, quòd neq; de restitutione à patre ipsi faciẽda contẽderetur, sed tantùm, an patrẽ cogere posset adire, ne deperiret fideicommissaria hereditas, dilata interim in tempus restitutione. Est igitur singulare ius filiifam. militis, pagano nõ communicandum, quod meritò in censum & numerum aliorum militarium priuilegiorum referendum est. De domino autem hoc ius est, vt non posit à seruo suo cogi adire & restituere, d.l. cogi.§. sed si seruo. Quamquam aliud sit in seruo hereditario, cuius persona non debet ab herede aut prætore fideicommissario contemni, l.mulier.§.non est.l. apud Iulianum.§. Antistia.D. ad Trebellian. dum tamen ei libertas, & hereditas relicta sit, l.si res. §. 1. D. eod. Porro ab his personis, quæ restitutioni fideicommissi adscriptæ sunt, non est separanda fisci causa. Hic enim quocumque iure ad eum bona, vel vt caduca, vel vt vacantia peruenerint, onus fideicommissi pręstabit, siue vniuersale sit, siue singulare, quod præstare cogeretur heres, à quo relicta erant, l. quidam.96.§.quoties.de legat.1. cùm receptum sit rem in quemcunque successorem transire cum onere suo, l.si conuenerit.D.de pignor.act. l. via constitui. §.2.

D. de seruit. rustic. prædior. Transeunt verò aut iam quæsita ab herede, nempe post eius aditionem, aut nondum quæsita, puta, si statim in fiscum à morte deuoluantur. Quæ post aditionem in fiscum eunt, dicuntur ereptitia, quia iam dominis factis eripiuntur, quæ ante aditionem, vacantia & caduca magis sunt. Ergo ad fiscum hereditas pertinet, aut adita, aut delata tantùm, & quam quis potest adeundo consequi. Post aditionem autem & adquisitionem heredum, quæruntur fisco cum onere fideicommissi ea, quæ, vt indignis eripiuntur, puta, si contra Senatusconsulti Syllaniani decretum adierint hereditatem, toto tit. D. ad Senatusconsult. Syllanian. Idem erit, si quis aliquem testari prohibuerit, l. 2. in fin. D. si quis aliq. test. prohib. si tacitum fideicommissum administrasse heres conuictus fuerit, l. 3. C. ad legem Falcidiam. Vtiliter enim & sine fraude legum relictum fideicommissum valebit, l. 3. §. cùm ex causa. D. de iure fisci. Atque generaliter in aliis iuris figuris, quibus hereditas indignis aufertur, à fisco fideicommissum præstabitur, l. cum tabulis. in fin. D. de his quib. vt indig. Quid autem, si fiscus bona nolit agnoscere, & sic restitutionem facere? Hac in re distinguendum inter delatam hereditatem & adquisitam. Nam si delata sit tantùm, poterit fiscus, quasi vindicauerit & agnouerit, sic etiam cogi restitutionem facere, l. recusare. §. si fisco. D. ad Trebellian. Sin autem iam adita fuerit hereditas, adquisitaque heredi, ex necessitate redundabit onus legatorum & fideicommissorum ad heredem, l. si seruus plurium. 50. §. si quis. de legatis. 1. Cùm enim ei nihil eripiatur, necesse est, vt munera hereditaria subeat,

subeat, atque ad legatorum seu fideicommissorum præstationem teneatur, quod est hereditarium munus, l. legatorum. in fin. de legat. 2. l. 2. D. ad Trebellian. Quarto, an si emancipatus petierit bonorum possessionem contra tabulas, aut petere possit, heres debeat interim cogi fideicommissariis restituere. Et cùm longe aliud sit petere, aliud petere posse, hac distinctione res temperanda est, vt si petierit bonorum possessionem emancipatus, liberetur heres à necessitate restituendæ hereditatis, quia nec ipsa legata præstat, l. ita tamen. §. quoties. D. ad Treb. Sin autem petere possit, licet nondum petierit, tam adire quàm restituere cogetur heres, etsi emancipato ipsi restitutio fieri debeat. d. l. ita tamé. §. qui rogatus. Eo pertinet Marcelli ad Iulianum nota d. §. quoties. in fi. cùm ait: *Plane est compellendus adire, si non iam filius bonorum possessionem accepit, ne intercidat fideicommissum mortuo herede instituto, & omissa à filio bonorũ possessione.* Sic enim in quibusdam libris melius & plenius legitur, quàm vt vulgò, & in ipsa Florentina editione habetur, vbi negatio non suo loco posita sensum turbat, & inuehit absurdum nescio quem intellectum. Sane quæ ibi Accursius comminiscitur, parũ ad rem faciunt, cùm non agatur vllo pacto, an filius cogatur bonorum possessionem petere, sed an heres adire. Illa igitur scriptura simplicior veriorque est, & confirmatur d. §. qui rogatus.

Quibus personis fideicommissum vtiliter restituatur. CAP. II.

CVM quæritur, cui fiat restitutio, dicendum est, ei fieri, in quem voluntatis intentio dirigitur,

quem fideicommissarium dicimus. Estque hæc voluntas vel expressa, vel intellecta, vt exemplis ostendimus. Oportet autem esse personam, cui fiat restitutio, alioqui grauatus vrgeri non debet, l. si patroni. §.1. D. ad Trebellian. Porro fieri potest restitutio etiam absenti, quia per nuntium & per epistolam posit, l. apud Iulianum. §. vtrum. l. restituta. §.1. D. eod. ideoque & procuratori, qui si non sit euidens domini voluntas, de rato cauebit, l. qui ita institutus. §.1. D. ad Trebellian. Quamuis autem voluntate domini procuratori posit restitui, tamen heres oneratus non potest tamquam debitor alteri delegari à fideicommissario: saltem huiusmodi delegatio vana, & sine viribus erit, l. si mulier. §. ex asse. D. de iure dot. vbi negat Iureconsultus per talem delegationem transire actiones. Senatusconsultum enim Trebellianum de fideicommissario tantùm est scriptum, non de alio. Nec æquum est, produci nouam eius dispositionem ad alias iuris partes, ne confundatur ius fideicommissorum & delegationum. Quò & pertinent illa verba Iureconsulti de actionibus loquentis, d. §. ex asse. *quas ad alium transferre, quam cui fideicommissum debet, non potest.* Migrabunt ergo actiones in fideicommissarium per talem restitutionem, & non in delegatarium, non secus ac si singulæ res ab herede traditæ sint, iussu fideicommissarij, ei cui eas vendiderat. Nam nulla tum dubitatio est, quin intelligatur fideicommissario facta restitutio, l. seruo inuito. §.1. D. ad Treb. arg. l. quia perinde. D. eod. Cùm igitur de procuratore, & eo cui delegatur fideicommissum, quęritur, circa restitutionem iis faciendam distinctio inter vtrumque

adhibenda

adhibenda est. Quia illo casu de nudo ministerio agitur, hoc verò de iure quærendo. Itaque tolerant leges, vt procuratori fiat restitutio, quia nudum ministerium præstat, & actiones in fideicommissarium transeunt, quemadmodum transirent in dominum, si iussu eius seruo restitutio fieret. In delegatario verò aliud est, cui inutiliter delegatur fideicommissum, nisi transferantur in eum actiones, quod tamen per Senatusconsulti Trebelliani verba fieri non potest. Et valde placet, quod adnotatum est ab Accursio, d. l. apud Iulianum. §. vtrum. ei nempe, qui simplex procurator est, restitui posse, procuratori autem in rem suam, vt est is qui delegatum accepit, non posse. Pupillo autem quo pacto fiet restitutio? népe quo modo pupillum restituere diximus. Et quidem pupillus, vel infans est, vel maior infante. Primo casu, tutori soli restituetur, seu veteri, seu nouo iure inspecto, idque sine onere fideiussionis, l. penult. in princ. C. ad Trebellian. vbi ius idem in absente pupillo qui fari possit, & furioso constituitur. Nam & solus infanti hereditatem adquirit, l. si infanti. C. de iure delib. Nõ obstat l. seruo inuito. §. si pupillo. D. ad Treb. vbi infanti pupillo restituitur tutore auctore. Quod à Mętiano Iurecõsulto dictum putem haud satis pensiculatè. Alioquin quis nescit, cùm iudicio & consensu careat infans, non magis ei quàm absenti restitui posse? d. l. penultim. in princip. C. ad Trebellian. Nam paterfamil. qui aliàs filij consensum in adquirenda hereditate non debet spernere, si tamen sit infans, sine eius consensu poterit filio delatam hereditatem adire, l. vltim. §. vbi autem pueriles. C. de bon. quæ lib. Non debet igitur adiungi infantis persona tu-

toris auctoritate, aut verò, tutoris auctoritas non potest supplere infantis consensum, qui nullus est. Ecquidem in Mætiani verbis non hæc sola reprehensio: sed & ab eo inconcinnè subiicitur muti puberis, & infantis similitudo. Ille enim velle potest, & voluntatem nutu vel alio modo exprimere. Itaque & præsens eo nomine satis aptè dici potest, l. vbi non voce. D. de reg. iur. Hic verò, neque propositum, neque voluntatem, neque consensum dicitur habere, quem furioso & absenti iura comparant; d. l. penultim. in princip. C. ad Trebellian. & notant interpretes in l. in negotiis. D. de reg. iur. Sin autem pupillus fuerit maior infante, & pubertati proximus, ideoque intellectus capax, ei tutore auctore restituendum erit, d. l. restituta. §. 1. in fin. Sine pupillo enim soli tutori non poterit, l. potuit. C. de iure delib. Nam etsi pupillus sine tutore ex stipulatione aut traditione adquirat, non tamen vbi de hereditate quærenda, siue eius restitutione agitur, soli licet, l. obligari. §. hereditatem. D. de auctor. & cons. tut. Non enim restitutionem ab acquisitione distinguimus, quæ à Iureconsultis comparari solent, l. seruo inuito. in princip. D. ad Trebellian. Districtius autem tutoris auctoritas in restitutione, quàm alia adquisitione requiritur, quia restitutio non tantùm solutio est, quæ pupillo sine tutoris auctoritate ex quacumque causa non recte fit, l. pupillo. D. de solut. sed est etiam successio, ideoque obligatio, l. non enim. 38. D. ad Trebellian. Obligari autem pupillos sine tutoris auctoritate iuris regulæ non ferunt. Videamus, quid in filiofamilias statuendum sit, & quorsum ei restitui possit.

Et

Etquidem, aut ei ipsi debetur fideicommissum, aut is tamquam procurator alterius petit. Quod si ipsi relictum sit fideicommissum, necessaria erit patris adiuncta voluntas, cui in eo fideicommisso hodie saltem vsusfructus quęritur, l.cum oportet.C.de bon. quæ lib. Atque ideo, si contingeret, filium aut parentem nolle adquirere fideicommissum, huc trahemus dispositionem l.vltim.C .eodem. Ex qua etiam merito distinguemus inter infantem filiumfam. & eum qui iudicij capax est, d.l.vltim.§.vbi autem pueriles. Aliud verò in seruo obtinet, cui cùm nihil quęratur, sed totum domino, in restitutione fideicommissi cōsensu & voluntate serui opus non est, sed sola domini voluntas sufficit. Sed & nec seruo, ignorante aut inuito domino restitui potest, l. seruo inuito. 61. in princ D. ad Trebel. Præterea, diligenter considerandum est, vtrum pater vt heres restituat, an verò vt pater. Restituit vt heres, si sit institutus. Restituit vt pater, si filius sit heres institutus. Ipse autem rogatus vel extraneo vel ipsi filio restituere. Sed si extraneo, pater ex fideicōmisso detrahit quartā, quam scilicet filius ipse deduceret: Sin verò, ipsi filio nihil detrahet, *quoniam*, inquit Iurec. *ex persona sua sibi filios obligare non posset*, l.cū filiofa.11.de leg.1. Pater igitur, qui restituit vt pater, fungitur vice filij. Vnde fit, vt si filio restituat, non posit quartam detrahere, quam filius sibi ipsi debere non potest, aut sibi ipsi eo nomine esse obligatus, qui est sensus rationis superius à Iureconsulto redditæ, d.l.cum filiofam. Sinautem nomine alterius, & tamquam procurator fideicommissum petat, poterit ei recte restitui, dum voluntas fideicommissarij accesserit, aut postea ratum habuerit. Nam

idem & in seruo receptum est, l. quamuis. §. fin. & l. seq. D. ad Tre. Si quis autẽ & hic quæstionẽ moueat, circa tempus restitutionis faciendæ filio à patre, satis ei factum arbitror in superiore capite, vbi de his, qui restituunt, tractauimus. Nam non aliter restituet filio pagano pater, quàm si sui iuris factus fuerit, l. vbi purè. D. ad Trebell. quæ generaliter de omni restitutione filiofam. facienda procedit, ne quis cum Bartolo & aliis ad propriam eius legis speciem dipositionem restringat. In qua & fateor verba extensiua esse ad tempus existentiæ sui iuris, sed quæ tamen extensio in omni fideicommisso filiofamil. relicto inesse intelligatur. Nam illa verba, *rogo des filio*, æquè extensiua sunt ac illa, *faciasque ut ad filium perueniat*. Quæ verba etsi geminentur, non tamen deterior esse debet singulorum significatio. Geminata quidem magis voluntatem declarant, l. Ballista. D. ad Trebel. Sed non eò minus efficacia erũt simpliciter prolata. Non obstat regula Catoniana, qua mouentur Bartolus & alij, quia non pertinet ad leges nouas, & Senatusconsulta, l. vltim. D. de regul. Caton. Ergo nec ad Trebellianum Senatusc. quod respectu Catonianæ iuris antiqui regulæ, nouum est. Quæro, vtrum si fideicommissarius decesserit, heredi eius restitui possit. Et si quidem fideicommissi dies cesserit, in heredem transibit, l. 3. l. si in personam. C. de fideic. l. cogi. §. idem Mætianus. D. ad Treb. Neque obstat l. apud Iulianum. §. vtrum. D. eod. Vbi ideo non trãsit ad heredes fideicommissum, quia ancilla fuit cui debebatur, & quæ ante restitutionem decesserat. Cùm autem iure ciuili serui & ancillæ heredes nõ habeãt, non mirum, si his non poterit restitui. Cedit porro

fideicom

fideicommissum vniuersale, hereditatis exemplo à die aditionis, l. quidam. D. ad Trebel. singulare verò, à die mortis: quo modo scilicet legata solent, l. vn. §. cum igitur. C. de caduc. toll. qua de re dixi plura in quinta fideicommissorum diuisione. Non aliena est ab hac personarum inspectione quæstio hæc, ad quem vsque gradum fideicommissum porrigatur. Nam si relictum sit familiæ cum prohibitione alienationis, equidem fideicommisum erit, l. peto. §. fratre. de legatis. 2. l. filiusfamil. §. Diui. 2. de legat. 1. An verò durabit quamdiu & familia? Sane vulgaris substitutio, in quantum velit testator, fieri potest, vt Iustiniano placuit, initio tit. de vulg. subst. Nemo enim prohibendus est, sibi de herede prospicere. Et tamen substitutionis, vltra quartum gradum productæ, nulla in iure mentio. Quartum non excedit Iureconsultus in l. 2. §. si quis ita. D. de bonorum possessione secundũ tabul. & alibi tertij tantùm meminit, l. 1. D. de vulg. l. 5. §. 1 D. de peculiis. Quamquam non dubitem, vltra eas metas licentiam vulgariter substituendi porrigi posse, sicut & fideicommittendi. Potest enim testator rogare, vt Titius restituat Sempronio, & hic Titio, & Titius Caio, & Caius Mæuio, & sic deinceps. At verò si agatur non de simplici gradutum distinctione, quæ à scriptura pendet, sed per gradus generationum fideicommissum descendat, negat Iustinianus vltra quartam generationem produci posse, Nouella. 159. de restitut. fideic. Idque ideo, quia tam obsoletam causam, & quodãmodo mortuam, noluit Imperator materiã litiũ in iudiciis prębere. Itaq; ait: *quod quatuor generationes iam præteriisse viderẽtur, haud sustineremus tã*

obsoletam

obsoletam causam demum tradi iudiciis. Aliud est igitur, si vltra quartum gradum fiat fideicommissum, aliud si vltra quartam generationem. Illo modo non erit metus resuscitandæ causæ obsoletæ, quia intra pauca tempora per omnes gradus poterit meare fideicommissum. Hoc contrà, quia per successiuas generationes ambulat, quæ mortem & longissimi tractum temporis habent, ac communis æui terminos excedere solent. Ex ratione igitur d. Nouell. quam superius adduximus, crederem intra quartum gradum continendum esse fideicommissum, vt veteris & antiquæ rixæ occasio præscindatur. Quæ ratio si cesset, poterit fideicommissum vltra quartum, quintum, & vlteriores extendi, & quamdiu testator volet, quia ius commune non repugnat.

De variis restituendi fideicommissi modis. *CAP. III.*

ABSOLVTA personarum tractatione, consequens est dispiciamus, quomodo fiat restitutio fideicommissi, quæ etsi factum continere videatur, & id sonet restituendi verbum, nihilominus tamen aliquando lex restitutionem operatur, & iuris ministerio fideicommisso satisfit. Ergo restitutio naturalis est, aut iuris, quo modo scilicet traditio considerari solet, quæ etiam iuris interpretationem recipit, §. interdum. Instit. de rerum diuision. l. 1. cum seqq. D. de Publicia. in rem actio. Naturalis rursum aut facto fit, cùm quis verè restituit, aut re, cùm patitur rogatus possideri res hereditarias, vel postea ratum habet, aut denique per epistolam & nutum fieri solet, l. restituta. in princ. D. ad Trebell. Quæri tamen potest,

test quid si his modis tota hereditas non sit restituta, sed tantùm res quædam ex ea, vtrum alia restitutione opus erit ad transferendum actiones efficaci, an verò trahemus ad omnia alia singularem hanc restitutionem? Quod verius est. Nam & Iureconsultus d.l. restituta. ait, *res hereditarias, uel totas, uel aliquas earum*. Idque eorum exemplo fulcit Accursius, qui pro herede gerunt. Illi enim totius hereditatis nomine obligantur, etsi gestum in vna re continuerint, l. pro herede. in princ. D. de adquir. hered. Sic & terræ gleba vna in ius adferebatur, & in ea tamquam toto agro vindicabant litigantes: Gellius lib. 20. c. 9. Nec desunt alia in iure nostro exempla, quibus hæc sententia probetur, quę non omisit Accursius, d.l. restituta. Poterit ergo fideicommissarius, cui rerum facta est restitutio, iisdem experiri actionibus quibus heres poterat, ac si tota hereditas restituta fuisset. Quæ ei & aduersus heredem, tamquam aduersus quemlibet possessorem cõpetent, quia verius est semel transiuisse ex tali restitutione actiones, d.l. restituta. At verò iuris restitutio fit, cùm lex restitutam hereditatem fingit atque tribuit restitutionis effectus. Exempla sunt tria manifesta in l. penult. §. vltim. C. ad Senatusc. Trebell. Nam cùm de fideicommisso pecuniario agitur, si heres grauatus absens est per contumaciam, aut verò eandem moram facit primus fideicommissarius secundo, fugitansque est restitutionis faciendæ, & præterea, cùm sine herede, qui in locum defuncti restituat, decedit rogatus, repræsentatur lege his tribus casibus fideicommissi restitutio, quæ ipso iure facta intelligitur. Quibus in visionibus tãquam non iure decisis Vlpianus constituendum esse putabat,

bat, & dubij iuris species ad certitudinem reuocandas esse, idque meritò, vt sequens Trebelliani declaratio docebit, quod primus præstitit Iustinianus, d.l.pen. Quamquam casus ille, quo arguitur heredis contumacia & absentia, non fuerit sine prouisione relictus, quando de libertate præstanda agebatur: cùm in eam rem extent Senatusc. Rubrianum & Iuncianum, l.cùm verò. §. subuentum. l. si eum seruum.§.si quis seruum. D.de fid.lib. At verò nullum remedium circa pecuniarium fideicommissum relictum fuit, vt non iniuria Vlpianus ad nouam constitutionem prouocarit. Quartus casus ab Accursio subnectitur, in alienatis à rogato. In quibus ideo superuacanea est restitutio, quia licentia conceditur fideicommissario rem vindicandi & sibi adsignandi, nullo obstaculo ei à detentatoribus opponendo, l.vltim.§. sin autem sub cõditione. C.com.de legat. Quod ius & ad quartam, quam rogatus fideicommissario illibatam seruare debet, porrigi potest, auth.cõtra qui rogatus.C.ad Treb. quæ sumpta est ex Nou.de restit.108. vnde meritò legitimæ restitutionis exemplum peti potest. Quintus casus haud ita manifesti iuris additur superioribus, petitus ex l.1.§.sed & quotiens.D.ad Treb. vbi illa finalia verba, *transire ad eum ipso iure actiones*, deceperunt Accursiũ & alios: quæ tamen non ad restitutionem ipso iure factam, sed ad translationem actionum ex Senatusconsulto Trebelliano, pertinent. Hæc fit ipso iure, etsi corporalis & realis restitutio facta sit: quia decretum Senatus, non sola restitutio, transfert actiones. Nec verò Iurecõsultus ibi veram restitutionem excludit, cùm ait: *si velit alius fideicommissarius partem suam susci-*
pere:

pere: quæ verba restitutionis necessitatem ostendunt. Id enim demum suscipitur, quod restituitur. In summa, nulla ibi causa subest, cur ad hanc extraordinariã iuris restitutionem descendamus: quæ non aliter admittenda est, quàm si à lege expressa inducta sit, cùm aduersus manifestas iuris regulas pugnet. Nam etsi fideicommissarius fideicommissario restituat, non aliter tamen ipso iure restitutio facta intelligitur, quam si mora & contumacia intercesserint, de quibus in d.l.pen.§.vltim.C.ad Trebell.de cuius vero sensu dicam postea. Atqui Iurecõsultus ibi nullatenus meminit. Non negauerim igitur, quin si primus fideicommissarius, cui purè fuerat relictum, contumaciter absens fuerit, ne conditionali restitueret, ex sententia Iustiniani posit induci legitima restitutio, d. l. pen. §. vltimo. Sed & manifestius adhuc huiusce rei argumentum præbet l. cogi. §.idem Mætianus. D. ad Trebell. his verbis: *si fideicommissum uelint suscipere, à præsente petent*, quæ vltima verba de restitutione, non vindicatione, sunt intelligenda. Alioqui non Iustinianus primus, eo casu, restitutionem introduxisset legitimam. Sextam & vltimam legalis restitutionis speciem dubitabũdus Accursius constituit in l.ita tamen.§.si pater.D.ad Trebell.vbi per sui heredis existentiam, necessitatem restitutionis euacuari male crederemus. Quamquam dubitandi ratio hæc videtur Accursio fuisse, quia si non est necessaria immistio, ergo nec restitutio. Nam vt nemo restituit, nisi qui adit, sic nec nisi qui se immiscet. Non cogitur autem se immiscere, ergo nec restituere. Verius tamen est, vt suus cogi posit se immiscere, & sic deinde restituere, l.recusare.§.meminisse.D.ad Trebellian.l. si filiusfam.

filiusfam. §.1. D. quod cum eo. Neque obstat Iulianus,in d.l.ita tamen.§. si pater. cuius tempore nondum tam certi iuris erat necessitas immistionis, quàm Vlpiani ætate, qui in d. §.meminisse.vsum iudiciorum sui temporis notat,cum ait: *est uerius, eoque iure utimur.* Præterea,non negat Iulianus,quin sit necessaria restitutio,quod illa verba ostendunt, *poterit ex Trebelliano hereditas restitui*: quæ naturalem restitutionem satis exprimunt,vt immerito ad iuris restitutionem inducendam hic locus detorqueatur. Illo igitur casu semper est necessaria restitutio, quamuis ex Iuliani sententia non sit opus immistione. Sed & quoad immistionem probarim magis Vlpianum in d.l. recusare.§.meminisse. & Paulum in d.l. si filiusfamil. quàm Iulianum in d. §. si pater. Vix enim est, vt is non se videatur immiscere qui restituit. Quinimo gerit pro herede, qui eò vsque prosilit, cùm notissimum sit,hereditarij muneris esse fideicommissorum præstationem, si ab herede relicta sunt. Sunt & alij modi, quibus fideicommissi fit restitutio. Aut enim spõte ad restitutionem accedit fiduciarius, aut coactè & iussu prætoris ad eam impellitur. Spontanea restitutio voluntariam fiduciariam aditionem sequitur: coacta verò, coactam. Ei qui sponte adit, suspecta non est hereditas: at verò qui cogitur, suspectam ante dixit. Itaque suspectam dicere,vel cogi adire,seu restituere, promiscuè vsurpantur à nostris, & in idem recidit vtraque appellatio, quæ omnia ex sequentibus lucem accipient. Fuit olim & hęc restitutionis differẽtia,vt aliàs fieret ex Trebelliano,aliàs ex Pegasiano, vigente nempe vtriusque Senatusc. vi & potestate. Cuius differentiæ meminit Vlpianus
in

in frag.reg.tit. de fideicom. & Iustinianus Instit. de fid.hered §.post quod Senatusconsultum.vers. ergo. Hodie vtraque restitutio fit ex Trebelliano, sublato Pegasiano. Cuius rei occasione, & quia primùm Senatusconsulti clara mentio, de vtroque ad restitutionem fideicommissi vniuersalis pertinente dicam sigillatim, & rem longissimæ tractationis in pauca contraham.

Senatuscõsulti Trebelliani origo, eiusque verborum interpretatio. CAP. IIII.

DE Senatusconsulto Trebelliano hoc ordine dicendum. Primùm auctorem, tempus, causas & sententiam subnotabo. Deinde inquiram, quis ex eo Senatusconsulto actiones transferat, in quem, & quæ transferantur, aut non. Postremò de auxilio exceptionis Senatusconsulti dicam. Ait igitur Iureconsultus factum fuisse Senatusconsultum temporibus Neronis octauo calendas Septembres, Anneo Seneca, & Trebellio Maximo Coss. Quoto verò imperij Neronis anno, nõ est expressum: nec ex illis Coss. colligi potest, qui in factis Consularibus non reperiuntur nominati, tamquam ordinarij non fuerint. Ordinarij adscribebantur factis, extraordinarij non item, vt ex Dione multis locis colligi potest. Onuphrius harum rerum indagator solertissimus octauo Neronis anno eos locat, P. Mario, & L. Asinio Coss. Ego anno præcedenti, aut præcedentibus, maluissem. Nam octauus ille annus Senecæ potentiam infregit, cùm eius familiaritatem antè iam aspernaretur Nero, vt ex Tacito lib.14.annal.constat, vbi & Trebellij Maximi mentio, quem sensus Gal-

liarum egiſſe prodit. Huius item & in hiſtoriis meminit. Cauſam Senatuſconſulti ex ipſis verbis duplicem animaduerto, finalem vnam, alteram impulſiuam. Finalem deſignat Senatus, cùm ait: *æquißimum eſſe in omnibus, &c.* quæ naturalis eſt æquitas. Quia ſecundum naturam cuiuſque rei eſt, eum ſequi incommoda, quem ſequuntur & commoda, argu. l. ſecũdum. D. de reg. iur. Nam cùm in fideicommiſſarium ius fructuſque hereditatis transferantur, neceſſe eſt, eum ſequantur actiones. Cauſa verò impulſiua fuit, ne metu, aut prętextu metus litium recuſarent heredes ſcripti adire hereditatẽ, *quò magis*, inquit Senatus, *in reliquum confirmentur ſupremæ defunctorum uoluntates*. Sine aditione enim corruebant, ad quã nõ facile proſiliũt, qui metu hereditariarũ litiũ tenẽtur. Sentẽtia igitur Senatuſcõſulti eſt, vt omnes actiones, quæ iure ciuili heredi & in heredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hereditas. §. reſtituta. Inſtit. de fid. hered. Et vt eius verba attingam, quod ait Senatus, *in omnibus fideicommiſſariis hereditatibus*, ſiue de tota hereditate, ſiue de parte rogatus fuerit heres, intelligendum, l. ita tamen. §. Trebellianũ. D. ad Tre. Nõ enim minus eſt vniuerſale fideicõmiſſum, ſicut nec deſinit eſſe vniuerſale iudiciũ petitionis hereditatis, etſi pars hereditatis petatur. Quod verò ait, *in omnibus*, ſic audiẽdũ, vt de his loquatur Senatus, quæ iure fideicõmiſſi deberi poſſunt. Si quis igitur filium in legitima portione reſtitutione grauat, ſi quis item patronum, in huiuſmodi fideicõmiſſariis hereditatibus locus Trebelliano non erit. Quinimo etſi per errorem reſtitutio fiat, repeti vt indebitũ poterit, l. patronus. 60. D.

ad Treb. In eius prætereà Senatusc. verbis obseruandum, eam clausulam, *si qua de his bonis iudicia penderent*, sic esse interpretandam, *pendere possent*. Non enim tantùm ad præsentes actiones & iam motas, sed etiã ad futuras pertinet Senatusconsultum, vt ex sequentibus eius verbis patet. Item quod ait, *in quos ius fructusque transferretur*, appellatione iuris dominium intelligo, quod merum ius est: appellatione fructus, possessionẽ. A solo enim possessore, siue dominus sit, siue non, fructus percipi possunt. Atque ideo circa possessores, quæstiones maxime de fructibus emergunt. Bartoli autẽ, & veterum libri hic erant contaminati. Nam pro illis verbis, *ius fructusque*, habebant, *usus fructusque*. Qui error dedit ipsi Bartolo causã notandi malè eũ in quẽ trãsferretur effectus sine nomine, veluti fideicõmissariũ, appellari largo modo vsufructuariũ. Feliciores nos illo, qui verã scripturã retinemus. Ex qua potius notare debemus, per restitutionem hereditatis transferri nõ tantùm dominium, sed & possessionem. Neque obstat l. facta. in pr. D. ad Treb. quæ de rerum possessione tantùm loquitur, non iuris & vniuersitatis, vt est hereditas. Quod porro ait Senatus, *quæ in heredem heredibusue dari solent*, actiones tam actiuas, quàm passiuas, vt nostri loquuntur, respicit. Quamquam inter vtrasque hæc erit differentia, quia actiuæ simpliciter transeunt: quod ad alias verò attinet, id obseruatur, vt heres iudiciis quibus conuentus est, aut stipulationibus, quibus necesse habuit promittere, obstrictus maneat, l. cùm hereditas. 36. D. ad Treb. Passiuas autem non male appellant interpretes, quia & pati actionem Iureconsultis nostris est vsitatum.

Quæ personæ quibus fideicommissum restituant.
CAP. V.

DE personis,quæ transferunt actiones ex Senatusc. sic habendũ:vt Trebelliano locus sit,non sufficere de hereditate rogatũ esse,sed oportere quasi heredẽ rogatũ esse. Itaq; nec legatarius,quantumuis partiarius sit,ex hoc S.C.transferet,l.mulier.22.in fi. D.eod. Et ideo portionẽ ex causa fideicommissi nõ esse restituendã putauerit Paulus,quã mater nõ quasi heres,sed quasi ex pacto accepit, l. debitor.59. in fi. D.ad Tre.Siue igitur reuera heres,siue quodãmodo heres sit qui restituit , Trebelliano locus erit. Vtitur I.C.d.l.mulier.particula *quasi* improprietatis designatiua,vt in fideicõmissario,qui alteri fideicommissario restituit. Ille enim vtique ex Trebelliano transferet, vt post Iulianum & Mætianum probat Vlpianus,l.1. §.1.D.ad Treb.quamuis re vera heres nõ sit,sed quasi, & quodammodo, seu effectu, vt videbimus. Neque obstat l.pen.§.vlt.C.ad Treb.Vbi nõ restituit secundo primus fideicõmissarius naturaliter,sed ipso iure, & Vlpiani diuersa ab hac sententia proponitur.Nam omissis quæ Accursius ibi adnotauit, existimo de fideicommissario restitutioni supposito agere Iustinianum,qui restituere iussus, dolo malo, vel post litem contestatã,vel antea sese cõtumaciter celauerit. Itaq; quod de herede contumaciter & dolosè sese gerente ibi dicitur,omnino ad fideicommissariũ producendũ est. Nam scopus Iustiniani hic videtur esse,vt omni fraudi,cõtumaciæ,casui deniq; & fortunæ fideicommissariæ restitutioni aduersæ prospiciatur.Prætereа, ibi non quęritur, an iuberi possit fideicommissarius

restituere,

restituere, sed si iussus nõ restituerit, quomodo celebretur actionũ translatio. Et si quidẽ præsens fuisset, quidni potuisset eũ prætor cogere? Ergo absentẽ, & se contumaciter celantẽ, fideicommissariũ ponamus oportet. Sane immerito dubitasset vel Vlpianus, vel Iustinianus ibi, an fideicommissarius præsens alteri restituere cogi posset, cùm tot locis Dig. constet eum cogi, vt restituat ex S.C. d. l. 1. §. de illo. & §. sed & quotiẽs. l. cogi. §. Mętianus. l. si heres institutus. 70. in pr. D. ad Tr. vbi fideicõmissarius eidẽ heredi, à quo iam accepit, restituit. Quibus rationibus inducor, vt existimẽ verba d. l. pen. *& dolo malo, uel post litem contestatã, uel antea sese cõtumaciter celauerit*, esse repetẽda in tertio casu, vbi de fideicõmissario restituere grauato agitur. Quæ inspectio etsi magis hereditatis restitutionem, quã actionũ translationẽ respiciat, quia quocumq; modo restituatur hereditas, trãsferuntur actiones, nihilominus tamen & ea in hunc locum referre mihi potius visum est, cùm apud Iustinianũ quæstio tota in translatione actionũ sit posita, vt ex eius verbis est manifestũ. Nõ solùm autẽ ad heredes ciuiles pertinet Senatusconsultũ, sed etiã ad prætorios. Nam & bonorũ possessor transfert actiones per restitutionem, l. 1. §. hoc autẽ. D. ad Treb. quia in omnibus vice est heredis. l. 2. D. de bon. poss. Alij præterea successores ex Treb. restituent, d. §. hoc autem. dũ tamen iuris sint successores. Itaq; pater & dominus, qui per seruum aut filiũ heres sunt, eo modo restituent. Nec ad heredis tantũ personã restringemus S.C. quia & successor heredis rectè ex Treb. restituit, l. quãuis. D. ad Treb. Regulariter enim heredis appellatio nõ tantũ ad proximum, sed & ad vlteriores refertur, l. heredis.

65.l.ſciendum.70.D.de verb.ſig. Itaq; eueniet,vt ſi plures fuerint heredes,pro parte & reſtituãt,& transferant,l.ſi eius.64.in fi.D.ad Treb.Poſtremò etſi Senatuſcõſultũ fideicõmiſsi ex teſtaméto relicti meminerit, nihilominus tamen & legitimus heres ex hoc S.C.reſtituit,d.l.1.§.hoc autem.Nulla enim cauſa eſt ſeparationis, cùm Senatuſconſulti rationes vtriſque conueniant. Circa eũ verò,in qué actiones transferuntur,nõ eſt longa dubitatio,cũ verba SC.eos tantùm reſpiciãt, quibus fideicõmiſſum reſtitutum fuit, fideicõmiſſarios népe:vt meritò reſpõderit Iureconſultus heredé non poſſe in aliũ transferre actiones, q̃ cui fideicõmiſſum debet,l.ſi mulier.§.ex aſſe.D.de iure dot. qua de re diximus antea. Poſt reſtitutioné igitur loco heredis conſtituitur fideicõmiſſarius , & omnia perſequitur,l.cùm hereditas. 36.D. ad Treb. Quia & in eũ transferuntur actiones, & quas heres habet,& quibus eſt obſtrictus,perindeq; habetur ac ſi ipſe adiiſſet,l.ſed etſi.28.D.de iudic.Heres enim re vera non eſt, quia vtiles tantũ actiones ſunt in eum tranſlatę,directis apud heredé manentibus.Nam qui ſemel heres eſt,nõ poteſt deſinere eſſe heres,l.ei qui ſoluendo.D.de hered.inſtit.Itaq; dicitur fideicõmiſſarius effectu quodãmodo heres,l.ſi filiusfam.§.1.D. quod cũ eo. & haberi heredis loco, l. poſtulante.§.1. D.ad Treb.ac heredis vice fungi,l.ſi heres ab eo.68. D.eod.Hæc cauſa eſt cur fideicõmiſſarius Trebellianus cõparetur heredi,& in edictis prætoriis loco heredis habeatur. Namq; & legatorũ nomine cauet vt heres,l.1.§.nõ ſolũ.D. vt le.nom.cau.& in edicto de bonis libertorũ heredis loco habetur,l.ſi necem.in fi. D.de bon.lib. Non igitur hoc effecit Senatus, vt fideicom

deicommissarius esset heres, nec etiã, vt is qui fuit, esset desineret, §. restituta. Instit. de fid. hered. sed loco heredis ipsum constituit. Idque manifestum ex eo, quòd si vt heres vendiderit hereditatem, teneatur emptori quanti eius interfuit ab herede potius quàm à fideicõmissario emere, l. si quasi heres. D. de hered. vend. Hic enim non potuit solida iura sepulchrorum transferre, quæ non fideicommissarij solius, sed etiam heredis sunt, quamuis restituta hereditate, l. quia perinde. D. ad Treb. vt clarius postea probabimus, & pleraque alia iura soli heredi, non fideicommissario, concessa referemus.

Quæ actiones ex Senatusconsulto Trebelliano transferantur, & quæ contrà.

CAP. VI.

SVPERIOR disputatio quadantenus aperuit, quæ actiones ex hoc Senatuscõsulto trãsferantur, hæ nempe, quæ heredi & in heredem darentur, non quidem directæ, sed vtiles & efficaces, l. filiusfam. 18. in fi. D. ad leg. Falcid. Quæ ab Vlpiano in frag. reg. ideo fictitię dicuntur, quia fingit Senatus in fideicõmissarium translatas, propter effectũ earũ ei & in eũ concessum. Nã nomine tenus tantũ apud heredẽ manẽt. Itaq; obligatio inanis dicitur, quã habet heres restituta hereditate, vel quæ in eũ cõpetit, l. Sthicus. 95. §. 1. D. de solut. & liberat. Directæ enim actiones velut simulachra quædã, atq; vt ita dicã, cicatrices sunt verarũ & efficaciũ actionũ, quæ manẽte nomine heredis, ab eo auelli per SC. nõ potuerũt. Vno tamẽ casu, nullas actiones trãsfert is qui restituit, puta, si fideicõmissarius iterũ sit rogatus heredi, à quo acceperat,

post tempus restituere. Non enim vtiles, quas solas habuit transfert, sed sufficiunt directæ, quæ apud heredem manserant, & quæ reuirescunt, ac spiritum quodammodo recipiunt, facta restitutione absque illarum vlla translatione, l. si heres institutus. in prin. D. ad Treb. In qua si vtilium translatio, vt ita dicam, facta fuisset, quod videtur voluisse Accursius, non dixisset Iureconsul. *Sufficiunt directæ actiones heredi.* Post Senatusc. igitur, restituta hereditate, vt testator rogauit, l. sed & si. 10. D. ad Treb. omnes actiones fideicommissario & in fideicommissarium competere cœperunt: vt non male heres qui restituit comparetur possessori hereditatis, à quo euicta est hereditas, & fideicommissarius ei qui euicit, l. si post. 22. D. de const. pec. Quãquam in eo differentia, quòd possessor directas non retinet, vt heres qui restituit. Siue autem ciuiles, siue prætoriæ sint, trãsibunt, cùm etiam causa naturalium obligationum transferatur, l. quamuis. D. ad Trebell. Itaque natura debitor si heredi soluerit, & hoc restituendum erit, l. si heredi. 47. D. eodem. Præterea, siue in rem, l. ei qui. 54. in princip. D. de pet. hered. siue in personam sit actio, tranferetur, l. certi cõditio. §. 1. D. si cert. pet. Vbi cùm dixit Iurec. *si ex hoc Senatusconsulto agetur*, hoc voluit, si de iure Senatusconsultis inducto agetur. Et quamquam exẽplum ad Treb. pertinẽs ibi tantũ dederit: potest tamẽ etiã exemplũ poni S C. circa hereditatis petitionem facti. Nã euicta hereditate, potestate eius S C. omnes actiones dabuntur heredi, vt diximus, d. l. si post. vbi pecuniæ cõstitutæ actio post restitutam hereditatẽ fideicõmissario datur, quia ab herede ratione hereditatis quæsita est. Exinde enĩ hereditaria cẽsetur. Et verò si eo

ſieo tẽpore,quo fideicõmiſſum reſtituebatur,nondũ cõpeteret heredi actio, puta quia dies nõdũ ceſſerat, nihilominus transferetur,l.ita tamen.§.qui ex Treb. D. ad Trebell. Non ſolùm autem principales, ſed & acceſſoriæ actiones transferuntur,vt ſunt fideiuſſoriæ,ſi ante reſtitutam hereditatem fideiuſſorem heres acceperit,l. heres à debitore. 21. in princ. D. de fideiuſſor.vbi quod dicitur,obligationem in ſuo ſtatu manere, nihil aliud eſt, quàm cũ principali transferri. Hic enim eſt ſtatus & conditio acceſsionum, vt principalem cauſam ſequantur,l.cùm principalis. D.de regul.iuris. Idque oſtendit Iureconſ. in finalibus verbis, cùm ait tranſire actiones, quod fit vi Senatuſc. Trebelliani. Nunquam enim, cùm de fideicommiſsis agitur, dicuntur tranſire, niſi ex eo Senatuſconſ. Quia verbum eſt latæ ſententiæ, vt illi appellitant, iuris effectum denotans. Idcirco valde miror omnes interpretes,poſt Accurſium,ceſsionem eo caſu exigere,& hominis factum, non legis miniſterium, agnoſcere. Ad quam abſurdam interpretationem delabuntur metu, l.ſi heres.73.D.ad Trebel. Vbi hypothecaria ab herede quæſita non tranſit in fideicommiſſarium, reſtitutione facta. Sed ſeparanda eſt cauſa fideiuſſoriæ obligationis, & pignoris. Illa tranſit cum principali, hæc non item,quia eſt quadãtenus principalis, & ſublatis per confuſionem obligationibus nihilominus ſubſiſtit, l. debitor. D. ad Trebell. ſummotaq; principali 30. ann.præſcriptione hypothecaria ad 40.ann.extenditur,l.2.C.de luit. pignor.Diſsimilitudo etiam ex eo manifeſta eſt,quia ſi is qui pro te apud Titium fideiuſſerat, pignus in ſuam obligationem dedit, & poſtea heredem te in-

ſtituit, quamuis ex fideiuſſoria cauſa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit, l. cùm quis. 38. in fin. D. de ſolut. Ex quibus hypothecariæ actionis præcepta ſingularia poſſumus animaduertere, quibus atque aliis multis propter vtilitatem pignorum donata eſt. Apigneratitia ſane perſonali actione in hoc vel maxime differt, quòd vt dixi, hypothecaria non tranſit, pigneratitia verò in eum datur, cui ex Trebelliano reſtituta eſt hereditas, l. 1. §. ſi heres. D. ad Trebell. In hoc præterea Senatuſconſul. actionis verbo etiam exceptio continetur. Cui enim actionem damus, multò magis exceptionem. Et hæc cauſa eſt, cur pactum heredi factũ proſit fideicommiſſario Trebelliano, l. ſicut. §. 1. D. quibus mod. pig. vel hypoth. ſol. Nam & ſuprà oſtendimus cauſam naturalium obligationum, vnde oriri ſolet exceptio, etiam transferri, d. l. quamuis. D. ad Trebell. Quatenus verò tranſlatio fiat ex Senatuſc. non tam eſt neceſſe in quæſtionem vocare, quàm ſimpliciter admonere, pro ea parte actiones tranſire, quam quis reſtituere ſit rogatus, l. 2. C. de Senatuſc. Trebell. Etſi enim plus reſtitutum ſit, in id tamen quod excedit, Senatuſconſulti beneficium ceſſabit, l. facta. §. ſi quis. D. ad Trebel. cui vt locus ſit, debet fieri reſtitutio, vt teſtator rogauit, l. ſed etſi. 10. D. eod. Quamuis autem omnis actio per Senatuſconſultum Trebellianum in fideicommiſſarium tranſlata videatur, ſunt tamen nonnullæ, quæ vim & poteſtatem eius effugerunt. Nam & admonuimus paſsiuas non tam facile tranſire quàm actiuas. Itaque ſi heres iudiciis fuerit conuentus aut ſtipulationibus neceſſe habuerit promittere, non aliter reſtituere cogetur, quàm

quàm si ei caueatur, vt indemnis præstetur à fideicõmissario,l.cùm hereditas.36.D.ad Trebell. Alioquin iudicij executio & aduersus eum nihilominus post restitutam hereditatem manebit,l.Lucius. 78.§.rogatus.D.eodem.Præterea,hæ actiones non transferuntur,quæ ex sui natura transire non possunt, vt de hypothecaria diximus,d.l.si heres.73. Similiter & operarum obligatio ideo non migrat per restitutionem, quia naturaliter heredi adhæret, l. si patroni. 55. in princ.D. eodem. Sed nec ad omnem heredem transit, verùm in eum tantùm, qui ex numero liberorum est,extrario excluso,l.si operarum. D.de oper.libert. Idemque de iuribus sepulchrorum statuendum vulgò existimant,cùm dixerit apertè Iureconsultus, restituta hereditate iura sepulchrorum apud heredem remanere,l.quia perinde.D.ad Trebel.Et verò heredem regulariter sequuntur, l. his consequenter. 18.§. Idemque erit.D.fam.ercisc.Comparantur item iuribus libertorum,l.cum sine.D.de Carbon.ed.quæ nõ transire suprà diximus. Ego autem iura sepulchrorũ apud heredem manere non negauerim, quia iuris ratio & Iurecõsulti auctoritas eò me trahit.Sed quin transeant etiam in fideicommissarium, mihi dubium non est, siue hereditarium, siue familiare sit sepulchrum. Licere enim tam heredibus, quàm ceteris successoribus, qualescumque sint, in iis sepeliri Vlpianus ait,l.vel quod.D.de relig.& sumpt.fun.Atqui successorum numero, fideicommissarium contineri, non est iuris ambigui.Aliud est ergo remanere apud heredem, aliud in fideicommissarium non transire. Potest enim remanere apud heredem,vt tamen cum fideicommissario,tanquam cum quolibet successore, commu

communicetur. Excipio casum, quo monumento adscriptum est, heredes ne sequeretur, quod in veterum sepulchris sæpe factũ fuit. Et hoc præceptũ his quadratis literis notatum licet obseruare, H.M.H.N.S. quo tam verus heres quàm fictitius, vt fideicommissarius, ab huius sepulchri iure videntur arceri: alioquin quorsum adiiceretur? Ex superioribus autẽ dilucidior erit quæstio: quam circa ius patronatus ecclesiasticũ Bartolus & alij faciunt in d. l. quia perinde. Nam si iura sepulchrorum etiam cum fideicommissario communicantur, quidni & ius patronatus? Neque moueor l. si operatum. D. de operis libert. quæ de operis loquitur, quarum naturam hanc esse diximus, vt in quemlibet heredem non transeant. Ideoque ius operarum ad ius patronatus facile non est traducendum, lege aut canone deficiente. Præterea, hæ actiones non transeunt, quæ pœnæ potius quàm persequutionem continent. Nam expresse verbis rei Senatusconsulti de bonis iudicia pendere debent, l. 1. in princip. D. ad Trebell. Ergo non mirum, si legis Aquiliæ actio non transeat, quamuis competere cæperit heredi, damno in seruo hereditario dato, l. qui ita. 66. §. si damnum. D. eodem. Nam vt ibi ait Iureconsult. hæ actiones transeunt, quæ ex bonis defuncti pendent. Existimarem tamen, cùm legis Aquiliæ actio non sit merè pænalis, sed mixta, §. sequens illa diuisio. Instit. de actionibus. heredem quod ratione rei fuerit cosequutus cogi restituere, pæna apud eum manente. Nam & quamuis in hereditatis petitionem veniant omnes actiones, id tamen non est intelligendum cum sua natura pœnali, sed quatenus rei sunt persequutoriç, litem veniunt. §. cùm prædiximus. D.
de

de petit. hered. vt melius sit, si in d.l. qui ita intelligamus, non transire actionem legis Aquiliæ cum sua natura. Nam alioquin in simplum, & quod re vera damnum datum est, quin transeat, non dubitarem, cùm æquissimum sit venire in restitutionem, argum. d.§. cùm prædiximus. Superior definitio, qua rei persequutorias tantùm transferri diximus, excludet à Senatusc. Trebelliani dispositione actionem iniuriarum, quæ vindictæ potius, quàm pecuniæ persequutionem habet. Ideoque non confertur cum ceteris bonis ab emancipato, l.2.§. emancipatus. D. de coll. bonor. Nam ipsa actione agitur, vt vindicetur, non vt damnũ sarciatur, l. Prætor edixit. 7.§.1. D. de iniur. Sequetur ergo naturam pœnalium, cùm de bonis eo nomine non pendeat iudicium. Aliud exemplum regulæ in popularibus actionibus dari potest, quæ non sunt in bonis, & quas à defuncto non habet heres, sed tamquam vnicuique de populo ei competunt. Itaque nemo ex iis locupletior fieri dici potest, vt ob id meritò restituta hereditate non transeant, l. pen. D. de pop. act. In album earum actionum, quæ vim Senatusconsulti non sentiunt, nec per restitutionem transeunt, nolui referre personale beneficium legati, in quem, si quamdiu est in legatione, restituatur ei hereditas ex Senatusconsul. actiones non dantur, l. sed etsi. 28. D. de iud. Nam transferuntur quidem, sed in tempus finitæ legationis differuntur. Preterea, non tam fideicommissarij quàm heredis priuilegium est, qui etiam quamuis adita hereditate, non conuenitur, ne impediatur legatio, l. de eo autem. 26. D. eodem. Nec solùm in eo priuilegium habet legatus, sed hoc amplius, vt ne quidem adita hereditate

cogatur restituere, verùm absoluta legatione, l. si legatur.30.D.ad Trebel.

De auxilio exceptionis Senatusconsulti Trebelliani. Itemque quid distet, ipso iure tutum esse, vel per exceptionem.

CAP. VII.

QVIBVS autem remediis tam heredi quàm fideicommissario per Senatusconf. consulatur, promptum est ex præcedentibus definire. Exinde enim fideicommissarius restitutione facta agit, vel in eum agitur, vti dictum est, etiam contra heredem, si quid ex hereditate retineat, aut verè debitor defuncti fuit, l.ita tamen.§.si ex Trebelliano.D. ad Trebell.l. maritus.95. in princ. D.ad leg. Falcid. Heres autem vel si conueniatur, exceptione adiuuari, vel si agat, exceptione summoueri potest, l.1.§.hoc autem. l. ita tamen.§.qui ex Trebelliano. D. eodem. Hæc est quæ dicitur exceptio Trebelliani, l. 1. §. si præcepto. D. quando de pec. act. annal. est. & exceptio restitutæ hereditatis, d.§.qui ex Trebelliano.& simpliciter exceptio, l.etiam.15. §.1.D.vt legat. seru. cau. Esse verò peremptoriam & perpetuam dubium non est, vt & ceteræ ex legibus & Senatusconf.exceptiones descẽdentes, arg.l.qui exceptionem.40. in princip. D. de cond. indeb. Ideoque perpetuò agenti obstabit, vt & Macedoniani ac Velleiani exceptiones solent. Et sane mihi videtur ex sententia magis quàm ex verbis Senatusc. descendere, in quibus nulla eius mentio. Sed cùm non effecerit Senatus, vt restituta hereditate, & translatis actionibus, desineret heres is esse qui restituit, §. restituta. Institut. de fid. hered. necesse

fuit

fuit tali auxilio ei,aliiſque aduerſus quos ageret,ſuccurri.Non aliter igitur ei competet,aut per eam ſummouebitur, quàm ſi reſtituta fuerit hereditas, quia nec ante tranſlationum actio in fideicommiſſarium facta eſt. Quamquam eueniat aliquando,vt poſt reſtitutionem cogatur actionem pati heres,nec tamen eam Trebelliani exceptione poſsit excludere. Nam ſi res vrgeat, & metus erit, ne per abſentiam forte fideicommiſſarij dies actionis exeat, heres iudicium ſuſcipere cogetur,l.cùm hereditas.49.D.ad Trebell. Quemadmodum fideicommiſſarius,ſi periculum ſit, ne inter moras actiones intercidant,etiam ante reſtitutionem agere poterit, exẽplo petitoris hereditatis, qui illo caſu hereditate nondum euicta nihilominus agit,l.ſi bonæ fidei.49.D. de petit.hered. Vis autem Trebellianicæ exceptionis eſt,vt tam heres quàm qui ab herede conuenitur, ipſo iure tuti ſint. Etſi enim ipſo iure,& per exceptionem, videamus communiter opponi,adeo vt qui exceptione tutus eſt, dicatur liberari,qui ipſo iure,non incidere in obligationem, l.81.D. de ſolut. & lib.hunc tamen habet effectum exceptio reſtitutæ hereditatis,aliæq; legitimæ.Quod vt fiat manifeſtius,ſciendum eſt, exceptionem perẽptoriarum ſeu perpetuarum alias iuris eſſe,alias facti. Iuris ſunt,quæ ex legibus, Senatuſconſultis, edictis deſcendunt,qualis eſt Macedoniani, Trebelliani,legis Cinciæ,doli mali,rei iudicatæ,iuriſiurandi, libertatis oneratæ, & ſimiles. Facti verò ſunt, quæ ex conuentionibus,& diſpoſitionibus hominũ deſcendunt, vt pacti conuenti ne omnino pecunia peteretur,§.appellãtur.Inſtit.de except.Qui iuris exceptionem habet,ipſo iure tutus eſt, non qui facti, quadru-

plici

plici ratione. Primùm,quia etsi opposita non sit,debet tamen Prætor aut iudex,si ei constet, leges exercere, & denegare actionem. Quamquam tutius sit eam opponere, ne diligentiæ ac peritiæ iudicantis tantùm fidere,l.qui seruum.§.1. D.de act. & oblig. Secundò,quia in iure apud Prætorem, non iudicem datum,proponebatur, nempe cùm petebatur à Prætore actio,in cuius potestate erat eam vel dictare,vel denegare. Quod fieri non poterat, nisi de ipsa exceptione cognouisset, qua petita actio perimeretur. Ideoq; ipso iure tutus erat, qui ea exceptione muniebatur,quia in iure apud Prętoré exercebatur. Tertiò, ipso iure iuris exceptio proponẽtem tuetur, quia par similisque vtriusque est effectus,l.nihil interest.D.de regul.iur. Quartò,etsi alio iure ciuili teneatur, contrario tamen ac derogatorio, eoque potiori tutus est. Heres enim ipso iure ciuili conuenitur, & experitur actionibus hereditariis. At verò restitutione hereditatis facta,ipso iure Senatusconsulti Trebelliani,quo infractum est ius ciuile,nec agit, nec in eum agitur. Idemque de Macedoniano & Velleiano statuendum est. Nam qui auxilio horum Senatusc. repellitur, dicitur ei denegari actio,§.illud.Instit. quod cum eo. l.si post.22.D.de const.pec.quo verbo vtuntur Iureconsulti,cùm de eo sit sermo, cui satis ipso iure cautum est.Sic intelligenda l.1.§. si onerandæ libertatis. D.quarũ rer.act.nõ det.vbi ipso iure tutum esse, nihil aliud est, quàm exceptione illo casu edicto introducta subueniri. Itaque legatum cùm dicitur adimi ipso iure,l.si ita sit adscriptum.de legat.1. intelligendum est id fieri opposita doli mali exceptione,l.3.in fine.D.de adim. leg. Et in summa,qui his exceptionibus

nibus repelli poteſt, dicitur paſsim in iure noſtro ei actio denegari, petere non poſſe, exigere non poſſe. Ex quibus vis exceptionis Trebellianicæ colligi poteſt, quæ & heredi aduerſus creditores hereditarios,& debitoribus aduerſus heredẽ competit.Sed num & aliquod ſubſidium debitori aduerſus fideicommiſſarium dabitur? Finge aut heredi ſoluiſſe, aut cum eo tranſegiſſe reſtituta hereditate. Hoc caſu diſtinguendum,ſciens vel ignorãs id fecerit. Nam ſi ſciens, nihilominus tenebitur fideicommiſſario. Imputet enim ſibi qui ſcienter ſoluit, cui non debuit. Sin autem ignorans nõ debet eo nomine damnum ſentire. Itaque liberatur ipſo iure,ſi ſoluit:vel ſi tranſegit, exceptio trãſacti negotij propter ignorantiam erit ei adcommodanda.l.vlt.ff.de tranſact. Nam & aliàs iuſta ignorantia rei per fideicommiſſum relictæ alienationem ſuſtinet.l.vlt.in fi.de lega.2.l.pater filium.38.in prin.

De Senatuſconſulto Pegaſiano, eiuſque partibus in Trebellianum transfuſis. *CAP. VIII.*

ORDINARIVM nunc eſt ad Pegaſianum Senatuſcon.trãſire,quod aliquot annis poſt Trebellianum, ſtudio tuendorum fideicõmiſſorum factum eſt Veſpaſiani, ſcilicet temporibus, & vix defuncto Trebellio Maximo Senatuſconſulti ſuperioris auctore. Fuit autem ſic appellatum à Pegaſo Iuriſconſul. illo tempore Conſule minore. Nam in faſtis collegium Pegaſi & Puſionis nõ apparet.Illis etiam temporibus præfectũ vrbi fuiſſe, ait Pomponius in l.2.in fi. D.de origine iur.vt nõ mirum videri debeat, ſi hoc Senatuſconſult.ſubti-

litatibus è medio iure petitis plenum fuerit. Certè ſimplicius fuerat Senatuſconſulti Trebelliani decretum, minuſque difficiles exitus habebat, vt non mirum ſit, ſi Iuſtinianus ſalebris & ſcrupuloſitatibus Pegaſiani exploſis, dotes eius præcipuas, & ſaluberrima decreta, in Trebelliani appellationem transſuderit. Cauſa porro eius Senatuſconſ. ea eſt, quam refert Iuſtinianus. §. ſed quiâ heredes. Inſtit. de fideic. hered. quia ſcilicet heredes cùm totam, aut penè totam hereditatem reſtituere rogarentur, eam adire ob nullum aut minimum lucrum recuſabant. Facile autem hereditatem repudiant, qui nihil laturi ſunt ex hereditate, l. filium. 20. D. de bon. poſſ. contra tabul. Et ſine aditione teſtamentum corruit, omniaque in eo ſcripta, l. ſi nemo. D. de teſtam. tut. l. eam quam. C. de fideic. Habuit verò multa capita, quorum duo præcipua fuerunt, quibus ad fideicommiſſa per aditionem hereditatis ſeruādæ inuitabantur, aut cogebantur heredes. Inuitabantur lucro, & præmio propoſito. Cogebantur imperio magiſtratus. Fortior eſt igitur quàm Trebelliani, prouiſio Pegaſiani. Quòd ſi captioſas ſtipulationes non inuexiſſet, magnum erat fideicommiſſorum ſeruandorum adiumentum & incitamentum. Nam per Trebellianum inuitabantur tantùm heredes leuatione actionum, ac intra exceptionis auxilium ſolùm continebantur. Per Pegaſianum autem & inuitantur plenius præmio indicto, & coguntur imperio. Sententia enim primi capitis, quo lucrum continetur, hæc fere eſt ex relatione Iuſtiniani, nam verba ipſiſsima Senatuſconſulti deſyderantur: *Vt ei qui rogatus eſſet hereditatem reſtituere, perinde liceret quartam*

tam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex quibus verbis apparet, legis Falcidiæ beneficium, quod legata tantùm ſpectabat, productum fuiſſe & ad fideicōmiſſa viuerſalia, propter eandem ac genuinam cauſam, qua lex ipſa lata eſt. Nam ex legatis quarta deducitur, quò magis inuitentur hereditatem adire, §.1.Inſtit. de lege Falcid. Cùm autem ab aditione pendeant fideicommiſſa vniuerſalia, meritò vſque ad ea legis Falcidiæ beneficium ampliatū eſt. Quinimo lex Falcidia ante Senatuſconſultum Pegaſianum legatis inhærebat, vt ad fideicommiſſaria ſingularia nōdum fuerit interpretatione producta. Hoc primùm igitur effecit Pegaſus, ſententia ſua in Senatu dicta. Quò pertinent illa Iuſtiniani verba, *ex ſingulis quoque rebus, quæ per fideicommiſſum relinquuntur, eadem quoque retentio permiſſa eſt*, quæ ſunt nobilis illius primi capitis appendix. Itaque quod ait Iureconſult. in l. 1. §. Marcellus.in fi.D. ſi cui plus quàm per leg. Falcid. *hodie tamen ſubſimile aliquid fit in fideicommißis*, ſic accipiendum, vt ad Senatuſconſultum Pegaſianum reſpexerit, quo primùm ius Falcidiæ ſingularia fideicommiſſa dodrantem excedentia tenuit. Vnde colligimus, primum hoc Senatuſconſulti caput non tantùm ad vniuerſalia, ſed etiam ſingularia fideicommiſſa pertinuiſſe. Hoc autem Senatuſconſulto vis Trebelliani infracta eſt, quo omnimodo tranſibant actiones vtiles in fideicommiſſarium, pro rata portionis reſtitutæ, qualiſcumque tandem eſſet, l.facta.§.ſi quis.D.ad Trebellianum. Nec dicebatur fideicommiſſarius eſſe in ea partiarij legatarij loco, ſed heredis potius. Ideoque ipſo iure

S.C.Trebelliani adſtringebatur oneribus hereditariis pro rata,l.2.C.de Treb.non autē remedio ſtipulationū partis & pro parte. At verò per S.C. Pegaſianum diſtinctio primū inuecta eſt,vtrum infra,an ſupra dodrantem rogatus eſſet heres reſtituere. Vt ſi quidē infra,locus fieret Trebelliano,& trāſlatio pro parte celebraretur. Sin verò ſupra dodrantē hereditatis fideicōmiſſum eſſet relictū,nec actiones transferebantur,nec cōmunicabantur onera ipſo iure,ne quidē pro ea parte,ſed remedio ſtipulationū. Ergo ſi heres rogatus vltra dodrātem reſtituere quartam retinuiſſet, manebat nihilominus in ſolidū obligatus hereditariis oneribus, vt Iuſtinianus ait. Nam nullus erat alius, qui heredis perſonā ſuſtineret, aut ſaltē ſuſtinere fingeretur. Itaque cogebatur heres ad auxilium ſtipulationum partis & pro parte decurrere,quas in eius gratiā primùm inuexerat S.C. Pegaſianū. Stipulatione partis cōſulebatur fideicōmiſſario,vt pro ratā dodrantis cōmodū ſentiret. Stipulatione pro parte cōſulebatur heredi,vt dāno pro ea parte leuaretur. Et hoc ſenſit Vlpianus,cū in fragmētis regularū ait tit.de fideic. *Partis & pro parte ſtipulationes proprie dicūtur,quæ de lucro & dāno communicando ſolent interponi inter heredē & legatariū partiarium,id eſt, cum quo partitus eſt heres.* Igitur fideicōmiſſario aut in fideicommiſſarium nullæ actiones hereditariæ dabantur,ſed omnes heredi aut in heredem competebant, vt illo caſu apertè fuerit derogatum Trebelliano,& ſimplicitas eius circa actionum tranſlationem in meras ambages,ac circuitus,quibus heres & fideicommiſſarius implicabantur, verſa fuerit. Sin verò heres vltra dodrātem reſtituere rogatus quartam

tam retinere nollet, sed fidum obsequium defuncti precibus præbere, ac integram & plenam fidem omisso senatusconsulti commodo præstari mallet, atque ideo magis fideliter facere, vt ait Iurisconsult. l.5.§.si quis rogatus.ff.de donat.inter vir.& vxor.l. patrem.19.cum seq.ff. quæ in fraud.credit.l.qui totam.ff.ad Treb. eo casu adhuc derogatũ existimem Trebelliano per Pegasianum, & coercitam translationem actionum. Manebat enim nihilominus heres, cum egregia illa & integra fide quam præstiterat, oneribus hereditariis obstrictus, quibus non aliter leuaretur, quàm si altero genere stipulationũ emptę & venditæ hereditatis sibi cauisset quæ ex eodem senatusconsulto profluxerunt, & quarũ solus Iustinianus meminit, dum veram S.C. Pegasiani sententiam refert. Illis efficiebatur, vt non amplius neque minus iuris fideicommissarius haberet, quàm apud heredem futurum esset.arg.l.2.in prin. ff.de hered. vel act.vend.quæ tota in interpretatione earum stipulationum consistit, vt eruditè ostendit Iacobus Cuiacius obseruat.lib.2.cap.3. Ideo autem eæ stipulationes hereditatis restitutioni accommodabantur, quia vẽditio hereditatis fideicommissariæ restitutioni haud absimilis est: & in quibusdam comparantur, l.vlt.ff. de transact. Semper igitur & agebat & conueniabatur heres, non fideicommissarius: sed damni & lucri partes cõferebant inuicem non secus ac vendita hereditate & stipulationibus eo nomine interpositis. Non enim propterea desinebat teneri venditor creditoribus hereditariis, quinimo emptor inuitus non cogebatur excipere actiones, l.2.C.de pact.l.2.C.de hered.vel act.vend. Atqui restitutio-

ne ex Trebelliano facta longe aliud erat, vt in eius interpretatione diximus, tranſlatis nimirum actionibus ipſo iure in fideicommiſſariũ, etiam inuitum. Ex quibus elucet, Pegaſianum heredi quidem conſuluiſſe, lucro ei propoſito, & commodo quartæ conceſſo: ſed magis tamen fideicommiſſario fauiſſe, quem ab omni hereditariarum actionum moleſtia liberauit, ac nihilominus participem fecit omnis vtilitatis. Neque mirum videri debet, ſi à Iuſtiniano dictum ſit, ſtipulationes ex Senatuſconſulto Pegaſiano deſcendentes ipſi antiquitati diſplicuiſſe. Difficultas enim, & ſcrupuloſitas, ſubtilitaſque in iis maior quàm in Senatuſconſulto Trebelliano, vbi ſic ſtatim actiones pro rata tranſibant, vt pro rata competerent, nec eſſet poſtea neceſſe lucrum aut damnum hereditatis communicari. Melius enim eſt omiſſo circuitu & medio agere, quàm per manum alterius, vtiliuſque eſt ipſi fideicommiſſario ſi ſtatim detur actio, quàm ſi ex actione alterius vtilitatem expectet, quem tamen ſine noua actione ex altera ſtipulationum deſcendente a litigioſo herede vix tandem conſequebatur. Quare cùm vitandus eſſet circuitus, ac potius duceretur rei incumbere quàm in perſonam agere, vtiliuſque eſſet retinere quàm petere, moti exinde veteres videntur, vt Senatuſconſulti Pegaſiani ſtipulationes improbarent. Quo factum eſt, vt in deſuetudinem abire paſſi ſint non vulgarem eius Senatuſcõſulti partem. Nam ſi vltra dodrantem heres rogatus reſtituere ſine deductione quartæ reſtituiſſet, non iam ad ſtipulationes emptæ & venditæ hereditatis ibatur, ſed his poſthabitis & neglectis ad Trebellianum recurſus

fiebat

fiebat. Hæc cauſa, cur ſolus Iuſtinianus earum vt dixi meminerit, dum exactè ſententiam eius Senatuſconſulti proponere intendit. Nam Modeſtinus & Paulus manifeſtè declarant, conſuetudine quadam ea in parte Pegaſiano derogatum. Siquidem Modeſtinus reſtitutionem eo caſu quaſi ex Trebelliano fieri adfirmat, l. qui totam. ff. ad Treb. Re vera enim ex Trebelliano non poterat, nouiſsimo iure Pegaſiani tum infirmato. Sed hic vſus inualuerat, eóque iure vtebantur, vt potius ex Trebelliano reſtitutio fieret. Quod manifeſtius docet Paulus 4. ſenten. c. 3. cùm ait: *Totam hereditatem reſtituere rogatus, ſi quartam retinere nolit, magis eſt, ut etiam ex Senatuſconſulto Trebelliano debeat reſtituere. Tunc enim omnes actiones in fideicommiſſarium dantur.* Quibus verbis diſplicuiſſe ſibi ſtipulationes Pegaſianas apertè oſtendit. Nec in his Triboniani manus timenda eſt, vt in ceteris Pandectarum locis. Sed & ante Paulum captioſas appellauerat Papinianus, d. §. ſed quia ſtipulationes. Siue enim partis & pro parte ſtipulationes intueamur, captio eſſe ideo poterat, quia euidens eſſet partiarij legatarij cum fideicommiſſario differentia, vt in ſecunda fideicommiſſorum diuiſione probauimus. Nam bonorum mentio in his ſtipulationibus facienda non erat, l. ſi cui. §. cum ſeq. D. de leg. 2. quam tamen fideicómiſſum vniuerſale recipiebat, l. nam quod. 14. §. vlt. D. ad Treb. Sin autem emptæ & venditæ hereditatis ſtipulationes reſpiciamus, capi contrahentes facile poterant, ſi ab earum ſtipulationū cóceptione aberraſſent, quæ multos quæſtionum ſinus ſecū trahebat. d. l. 1. de hered. vel act. vēd. cùm tamen naturalis æquitas, non iuris ſubtilitas,

debeat fideicommissa tueri. Itaque Iustinianus hac de re verba faciens, *Nobis* inquit, *in legibus simplicitas magis quàm difficultas placet.* Nihil enim aliud est difficultas, quàm subtilitas, quæ simplicitati opponitur, l. in rebus. C. de iure dot. l. si quis heredem. C. de instit. & substit. sub cond. fact. l. sancimus. C. ad Treb. §. ceterum. Instit. de legit. adgnat. succeſsio. Sic difficultas opponitur simpliciori sententiæ. l. vlt. §. tales. C. de furt. & seru. corrup. & subtilitas legis ei quod est humanius, l. si fundus. §. si plures. ff. de pignor. & hypothe. Hæc eadẽ subtilitas scrupulositas dicitur, §. vlt. instit. de leg. Quæ cum ibi dicatur nõ placere Iustiniano, sic nec a iudicib. solet admitti, l. sicut. §. si debitori. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. sol. Hæc disquisitio Iustiniani cõsiliũ propositumq; aperit, tuetur, & commẽdat, qui explosis difficultatib. illis ac subtilitatibus omnẽ auctoritatẽ Pegasiani, qua vtile ac necessariũ fuit, Pegasiano præstat. Quasi enim ex Trebelliano retinetur hodie quarta, vel quod quartæ deest pro rata portione diuisis actionib. Quinimo si errore calculi factiue plus solutũ fuerit, repetetur, l. si spõsus. §. si quis rogatus. ff. de don. inter vir. & vxor. Sic enim rectè cum Accursio accipiẽda putamus illa Iustinia. verba, *vel repetere solutũ* Nam qui errore iuris labitur, & cùm quartam retinere posset, totum restituit, repetere eã non potest, l. 1. C. ad leg. Falcid. Paul. 4. sent. tit. 3. Præterea, secũdũ caput Pegasiani in Trebellianũ est trãsfusum. De quo dicemus, vbi prius quædam ad ius quartæ Trebellianicæ pertinentia præmiserimus.

In hoc articulo auctor nobis ereptus est & sublatus in cœlum.



CLAVDII CHIFLETII IVRECONS. SEQVANI, DE SECVNDO CAPITE legis Aquiliæ noua & accuratisſima diſquiſitio.



LEGE Aquilia damnum iniuria, id eſt, culpa datum perſequimur. Cuius adeo eſt in iure ciuili tractatus celebris, vt ſi publicorum iudiciorũ quaſdam leges excipias, aut eas quæ magnam iuris partem occupabant, Iulias & Papias, non ſit famoſior alia in toto iure, non vberior, & quæ in plures ſpecies diffundatur. Certe veteris illius Iuriſprudentiæ, quæ ante Marcum Brutum, & Q. Mutium Scæuolam fuit, non exigua pars eſt, de qua & ipſos tractaſſe veſtigia ſunt aperta in l. ſi ſeruus. 27. §. ſi mulier. l. Quint. Mutius. ff. ad l. Aquil. Et Iuſtinianus. Nou. 18. ἤδη περὶ τῆς ἀγνωμοσύνης, antiquum plebeſcitum eſſe teſtatur, his verbis, τὴν τοῦ δήμου παλαιὰν νομοθεσίαν, &c. Meminit & Tullius in Bruto, ſi modo is locus ita legatur, vt hodie eſt emendatus a doctis viris: *lege Aquilia damni iniuria.* Nam quod alij emendant, *lege Aquilia de iniuria,* inuita Iuriſprudentia id faciunt. Lex enim Aquilia de

iniuria ſimpliciter non dicitur, nec de iniuria tantùm fuit, ſed de damno iniuria dato. Itaque ex vſu iuris ciuilis rectè appellatur lex Aquilia damni iniuria, vt ſubintelligatur, *dati*. Erroris originem ex his notis fluxiſſe puto, D. I. quarum ignoratio vt multa alia, ſic & tam apertum in præclaro auctore mendum peperit. Eius legis tria tantùm fuiſſe capita vulgò putatur, ſunt qui quartam addant. Ego & quintum aliquãdo Deo faciente ſuſcitabo. Sed vt quod inſtat nunc agamus, de vulgo notis prius dicemus, de aliis ſuo tempore & loco. Primum fuit de ſeruo aut pecude occiſa. Tertium, de omni alio damno ſeruo, pecudibus, reliquiſque rebus dato. Secundum verò caput in vſu non eſt, inquit Iuſtinianus. §. illud. inſtit. de lege Aquil. ſeu, vt Vlpianus ait, *huius legis ſecundum capitulum in deſuctudinem abiit*. l. 27. §. huius. ff. eod. Hi enim ſunt ſoli & ſingulares loci, quibus ſecundi huius capitis mentio fiat. Quæ autem eius fuerit ſentẽtia, non magis notum eſt, quàm Achillis inter virgines nomẽ, adeo eſt terra depreſſa & tenebris inuoluta hæc res. Cuius inueſtigationem ſi quis inutilem eſſe dicat, næ ille neſcit, aut nunquam expertus eſt, quãta ſuauitas, & qui fructus Iureconſulto ex hac obſeruatione accedant, cui turpe ſit ius in quo verſatur, quamuis eo non vtatur, ignorare. Etſi enim inciuilis ſit ingenij reuocare in vſum, quæ delenda curauit maiorum noſtrorum auctoritas, tamen nihil prohibet ipſi antiquitati Iuſtiniani noſtri exemplo reuerentiam habere, & ex eius vberrimo fonte deriuare quod ad iuris nobis propoſiti tractationem & explicationem pertineat. Vndique enim corroganda ſunt auxilia, quò hæc diſciplina

plina alioquin per ſe obſcura ornatior illuſtriorque fiat. Itaque culpandus non erit, qui in eo genere ſtudij operam collocet, cùm principum illorum iuris auctorum Mutij & Bruti ſedulitas potius ſit ab erudito ſuo ſeculo laudata, quòd ea quæ iam maioribus ſuis ademerat obliuio fugitiua, retrahere conata ſit, quàm quòd nequiuerit vituperata. His igitur Varronis Romanorũ doctiſsimi verbis meipsũ conſolor: *non ſi non potuero indagare eò ero tardior, ſed uelocior ideo ſi quiuero. Nõ mediocreis enim tenebræ in ſylua, ubi hæc captanda, neque eò quò peruenire uolumus, ſemitæ tritæ, neque non in tramitibus quædam obiecta, quæ euntem retinere poſſunt.* Ipſe Iuſtinianus veterem reparaturus Iuriſprudentiam, tantam ipſi antiquitati reuerentiam habuit, vt multis in locis iuris deſuetudine inumbrati veſtigia ſupereſſe voluerit, ne antiquitatis memoria & primæ illæ legum Romanarum origines ignorarentur ab iis qui legibus Romanis viuerent. Diſsimili multò propoſito atque Baſilicorum auctor Leo, qui non contentus Iuſtiniani iuris ciuilis editione, rapſodiam aliam legum Romanarum Oriẽti inuexit, a priore illa vſqueadeo degenerẽ, vt tantùm Iuſtinianus a Leone diſtet, quantùm qui Parrhaſij aut Apellis tabula reperta, pictura iam vetuſtate ſemeſa & fugiente, delere tamen antiquæ & nobilis picturæ reliquias mauult, & nouam ſuperinducere, ab eo, qui corrupta picturæ loca eo quo poteſt modo reſarcire ac reparare, & integras diuini operis partes conſeruare potius quàm perdere ſtudet. Videtur enim Leonis hoc ſtudium fuiſſe vt Romani iuris gloriam maieſtatemque deleret prorſus & extingueret. Cùm autem Iuſtinianus, aut

quicunque

quicunque iussu eius manum iurisprudentiæ repurgandæ admouerunt, non incuriosè soleat aliis in locis antiqui iuris cognitionem delibare, obiterque proponere, miror maximè, cur a tam laudabili suo instituto in tractatu legis Aquiliæ recesserit, cui satis visum fuit admonuisse, non esse in vsu, aut vt Vlpianus ait, in desuetudinem abiisse, secūdum caput legis Aquiliæ. Quod si ab eo paulò fusiius præstitum fuisset, in eo quærēdo non laboraremus. Magna tamen ei est habenda gratia, qui hac sua admonitione velut indice ad eius inuestigationē instruxerit viamque munierit. Atque vt ad rem, cum vt diximus lex Aquilia sit de damno iniuria dato, omnino dicendum est, aut damnum illud, de quo secundo legis Aquiliæ capite cauebatur, desiisse esse damnum, aut alio tutiori & locupletiori remedio ei occursum, nec lege lata derogatum Aquiliano plebiscito, sed tacito populi consensu ab eius vsu recessum Et quia quod re vera damnum est, non facile damnum esse desinit, & quod effectu ipso perniciem damnumque adfert, nulla iuris constitutione potest effici, quin tale sit, neque enim ius ciuile rerum ordinem ipsamque naturæ vim solet mutare, arg. l. 1. D. de vsufr. ear. rer. quæ vs. consu. semper existimaui secundum illud caput non aliter in desuetudinē abiisse, quàm quòd ei damno melius prouisum est, meliusque cautum ciuibus Romanis alia iuris parte, cuius perpetuus & frequens vsus secundum legis Aquiliæ caput obliterauerit. Semper enim qui nouum & pinguius remediū introducit, vetus non abrogat, sed licentiam concedit, vt vtro velint homines vtantur, licet vnius perpetuus vsus alterius

desuetu

desuetudinem introducat. Sicut Iustinianus cùm inuentarij remedium primùm induxisset, ius deliberandi quod antea obtinebat non sustulit, quo tamen hodie propter receptum inuentarij vsum vix vtimur, l. vlt. §. sin autem. C. de iure deliber. Hæc est igitur mea de tota hac quæstione sententia, Cùm alia legis Aquiliæ capita fuerint de damno seruo culpa dato, secundũ legis illius caput fuisse de seruo corrupto. Non enim tantùm domino damnum datur, si seruus occisus aut vulneratus, alioue quouis modo corpori eius nocitum, sed etiam si corruptus eius animus fuerit, receptusque sit. Inde enim quòd deterior fit, damnum domino accedit, l. 1. l. vt tantum. 14. §. 1. §. in tantum. cum seqq. ff. de seru. corr. Neque verisimile est, tam apertum & insigne damnum lege Aquilia omissum fuisse, cùm locupletissimè ea lege omni damno culpa dato prouisum sit, quippe quæ omnibus, quæ ante de damno latæ erant, derogauerit. l. 1. ff. ad leg. Aquil. Vt ob id a Constantino Harmenopulo initio lib. 6. dicatur, τῶν περὶ ζημίας νόμων ὁ Ἀκουΐλιος ἐςὶ τῶν ἄλλων ἐπικρατέςερος. Sed hoc secundũ caput ideo in desuetudinẽ abiit, quia subsequutũ est Prætoris edictum rigidius multò & acerbius. Ait enim Vlpianus. in l. 5. §. hæc actio. D. de ser. cor. *Hæc actio etiam aduersus fatentem in duplum est, quamuis Aquilia inficiantem duntaxat coerceat:* qui locus apertissimum, ni fallor, sententiæ nostræ continet argumentum. Hic est enim iuris auctorum perpetuus mos, vt in quo ius nouum iuri veteri adiiciat, aut diminuat, breuiter admoneant. Nec video, cur alioquin legis Aquiliæ meminisse debuerit Vlpianus, eamq; prætoris edicto cõparare. Et cùm hãc nominat,

nat, intelligo secundum legis illius caput, quod in desuetudinem abiit, quia prætoris edicto ei damno melius est succursum. Itaque mihi dubium non est, quin in tertio capite legis Aquiliæ, de quo in l.26. §.tertio capite. D.eod. ita olim scriptum fuerit, *ceterarum rerũ præter hominẽ aut pecudem occisam seruumue corruptum aut receptum, &c.* Postremaque verba Iurisconsultus absciderit, quia secundi capitis desuetudine inumbrati sententiam continebant. Quod & in aliis factum fuisse obseruaui, in quibus secundi huius capitis sentẽtia supprimitur, cùm de actione ex lege Aquilia descendente tractatur, vt in l.sed & si.18.cum sequent.l.in lege Aquilia.44.D.ad leg. Aquiliam. Vt cùm tradit Pomponius restituta hereditate in heredem lege Aquilia agi posse, si seruũ forte hereditarium vulnerauerit, aut occiderit, l. si heres.70.§.1.D. ad Senatuscons. Trebell. Non dixit lege Aquilia in heredem agi posse, si seruum corruperit aut receperit. Cur ita? quia iam hoc iure tunc vtebantur, vt lege Aquilia eo nomine nõ ageretur, sed actione serui corrupti prætoris edicto introducta. Ex quibus facilè adducor, vt suspicer etiam multò ante Vlpiani tempora, quinimo ante Pomponium, quem aliquando probabo nedum Vlpiano, sed Papiniano & Serbidio Scæuola priorem, secundum hoc caput in vsu non fuisse. Eius rei neglectæque hac in parte legis Aquiliæ hæc etiã mihi ratio fuisse videtur, quòd cùm Prætoris edicta in multis ius ciuile adiuuarent, supplerent, corrigerẽt, l.ius autem.D.de iustit. & iure. denique potissima iuris scripti pars prætoriis edictis contineretur, & iuris non scripti pleraque siue consuetudinis iura

Prætore

Prætores edicere consueuissent, vt ex Cic. 2. de inuent. didici, euenibat, vt qui ad ius ciuile accederent, relictis 12. tab. aliisque legibus, veluti Aquilia, ad Prætoris edictum sese potius applicarent, quod in iudiciis frequẽtaretur. Quod suo tempore factum fuisse non obscurè idem Tullius 1. de legibus indicat sub Attici persona; *non ergo, inquit, à Prætoris edicto, ut plerique nunc, neque à 12. tab. ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas.* Accidisse verò id probabile est, post legem Corneliam, quam Caius Cornelius tribunus plebis tulit anno antequã Prætor Cicero fieret. Ante enim id tempus ab edicto non incipiebant, quia varium & incertum erat ius prætorium. Prætores enim variè ius dicere adsueuerant. Eaque ratio etiam ad Iustiniani tempora vsque perdurauit, quibus edictales vocabãtur, qui degustatis iuris principiis edicto perpetuo incumbebant, & ab edicto nomen sumebãt. §. in secundo autem anno. præfat. 2. digest. Ex eo itaque factum est, vt cùm ex pluribus competentibus actionibus vtilior eligatur, prætoris verò edictum de seruo corrupto legi Aquiliæ adiecerit, vtilioremque actionem proposuerit, lege Aquilia in ea parte neglecta, cœperit in iudiciis frequentari honoraria serui corrupti actio. Huius rei non absimile potest adferri exemplũ de pœna ralionis propter membrum ruptum, aliisque iniuriarũ pœnis lege 12. tabu. introductis, quæ postquã successit Prætoris edictũ euanuerunt, & in desuetudinem abierunt, ea verò quam Prætores introduxerunt, in iudiciis frequenti vsu recepta est & adprobata. §. pœna autem. instit. de iniur. Atque exinde, cum bona pars legis Aquiliæ præto

liæ prætorum edictis ſit comprehēſa, vt aliàs oſten-
dam, non exſtat veteris Iurecōſulti liber, qui ad eam
legem ſcriptus ſit, vt ad alias leges prætorum edi-
ctis non compræhenſas. Quinimo in commentariis
ad edictum de lege Aquilia tractabant, ídque in-
dicant ferè omnes tituli illius leges, quæ ex libris
ad edictum, tam vrbicum quàm prouinciale ſcri-
ptæ ſunt. Hócque ni ita eſſet, mirarer maximè ve-
teres Iureconſultos, qui ad leges Iulias, Papias, Æ-
liam Sentiam, Fuſiam Caniniam, Cintiam, aliáſque
particulares tractationes inſtituunt, idem non fe-
ciſſe ad legem Aquiliam, in qua non minor quæ-
ſtionum, tractationumque luxuria, quàm ferè in
qualibet alia. Soleo & hoc argumento ad confir-
mandam noſtram ſententiam vti. Certum eſt, pœ-
nales actiones à Prætoribus primùm inuentas an-
nales eſſe, annoque finiri, vt exempli gratia actiones
quæ dantur ex l.1. ſi quis ius dicen. non obtemp. l.
pen. in fi. D. ne quis eum qui in ius voca. eſt vi exi.
l.1. in fi. D. de eo per quem fact. erit. l. non ſolùm. §.
vlt. D. de liber. cau. Hæc enim delicta primùm præ-
toriis edictis vindicata ſunt. Quæ verò actiones à
prætore iuri ciuili adcommodatæ ſunt, eius adiu-
uandi aut ſupplendi gratia, quemadmodum actio-
nes ciuiles, atque ad eorum exemplum ſcilicet ad-
commodatæ, perpetuæ ſunt. l in honorariis. D. de
actio. & oblig. §.1. Inſtit. de perpet. & tempo. act.
Atqui ſerui corrupti actio ex prætoris edicto &
pœnalis eſt, & perpetua. l. hæc actio. 13. D. de ſeruo
corrup. Ergo iuri ciuili, id eſt, legi Aquiliæ adcom-
modata. Vt omnino dicendum ſit, ſerui corrupti
maleficium

maleficium non primùm Prætoris edicto coercitũ fuisse, sed lege Aquilia, cui Prætoris edictum successit. Sed nil mihi fecisse videor, nisi legis antiquæ probandæ gratia veteris auctoris testimonium accersam. Prodeat igitur in medium Musarum sermone loquutus Plautus, quo meliore antiquitatis auctore non vtimur. Eius Comœdia, quæ Pœnulus inscribitur, in secundi huius capitis tractatione tota ferè consumitur, & nos primi ad eius interpretationem adducimus. Iuuat insigniores ex ea locos referre. Milphio seruus Agorastoclis domino persuadet, vt si lenonem perdere velit, trecentos Philippeos nummos Collabisco villico suo det, quos ad lenonem deferat, simulans se peregrinum, & ait:

Leno ad se accipiet auri cupidus, ilico
Cælabit hominem & aurum. A G. *consilium placet.*
M. *Rogato, seruos venerit ad eum tuus,*
Ille me censebit quæri, continuo tibi
Negabit. quid tu dubitas quin extemplo
Dupli tibi auri & hominis fur leno siet?
Neque id unde efficiat habet.

Et postea actu 3. alloquitur Agorastocles aduocatos testes, & ait:

Vidistis leno cùm aurum accepit? A D. *Vidimus.*
A G. *Eum vos esse meum seruom scitis.* A D. *Sciuimus.*
A G. *Rem aduorsus populi leges.* A D. *Sciuimus.*

His verbis non dubito quin ad secundum legis Aquiliæ caput respexerit Plautus, quo serui corruptor, aut receptator ex inficiatione tenebatur in du-

plum. Populi enim leges etiam plebiscita nuncupari nō est absurdum, cùm populi appellatione plebs contineatur. §. plebs autem. instit. de iure nat. gent. & ciuili. & aliquando populus apud auctores plebem significet, vt apud Martialem 12. epig. 3.
Ille dabit populo, patribusque equitique legendum.

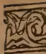
Nec Prætoris edictum intellexit Plautus. Nam edicta nunquam populi leges dici consueuerunt, & ex edicto corruptor etiam sine inficiatione duplione mulctatur, vt suprà dixi. Non potest pariter ad legem Fabiam locus ille referri, quamuis antiquam esse legem sciam, & serui persuasi nomine lege Fabia de plagiariis teneri, l. penult. ff. ad l. Fab. de plag. Nam eius legis fuit olim pœna pecuniaria, non duplum ex inficiatione l. vlt. ff. eod. Hæc vt satis per se firma sunt, vnum tamen superest, quod nisi euellam, scrupulum poterit iniicere, & facere negotium huic nostræ de secundo capite legis Aquiliæ sententiæ. Posset videri secundum caput de seruo corrupto non fuisse, cùm in tertio eius legis capite rupti fiat mentio, quo nomine intelligitur quod quoquomodo corruptum est, l. si seruus. 27. §. inquit lex. & §. rupisse. ff. ad leg. Aquil. ideoque corrupti serui casus potius tertio capite cōprehendi quàm secundo. Sed illa vtcūque speciosa nostrū iudiciū non cōuellunt. Ita enim distinguēda sunt legis Aquiliæ capita, vt in primo & tertio loquatur de damno dato corpore corpori, quo nomine directa legis Aquiliæ actio competit. In secundo verò, de damno dato dolo malo, vt corruptione & receptione serui, non quidem corpori, sed animo serui, quæ secundi capitis extrema edicto prætoris sunt postea comprehensa,
l. 1. l.

l.1.l.vt tantùm.in princip.l.corrumpitur.ff. de seru. corrupt. Itaque hæc duo serui vulneratio, & animi eius corruptio separantur, l.etsi non.ff. com. diuid. Corrumpere igitur in secundo capite ad animum pertinet, in tertio ad corpus. Quamquam in edicto Prætor non vtitur corrupti verbo, sed recepti aut persuasi, atque nil vetat dicere, secundum caput legis Aquiliæ etiam sic conceptum fuisse. Tralatitiè hic adiiciemus de eo quod dubitatum est apud veteres, si consilio & dolo malo damnum datum sit corpori & animo serui, vt puta, si cum ei persuasissem vt in puteum descenderet, crus sibi fregerit, quid iuris sit. Videntur enim extrema tertij capitis confundi cum extremis secũdi, siue prætorij edicti. Vt in re dubia variæ fuerunt I. C. sententiæ. Vlpianus quidem corruptorem actione seruij corrupti teneri existimauit, l.3.ff.de seruo.corrupt. Paulus verò commodius esse respondit vtili eum Aquilia teneri, l.4.ff.eod. Commodius inquam, id est rectius, melius, verius, quibus in re controuersa verbis vti solent. Dissentit igitur ab Vlpiano Paulus, mitioremque multò sententiam sequitur, quia mitior legis Aquiliæ quàm serui corrupti actio. Cur verò vtili potius quàm directa vult teneri? quia directa eo casu non competit, cùm corpore corpori damnum datum præcipuè non sit, §.ceterum Instit. de lege Aquilia. Sed quamuis hac de re dubitatum sit apud veteres, nunquam tamen dubitatum, cùm propria cuiusque extrema concurrunt, nec confunduntur, quin competat legis Aquiliæ actio, vel serui corrúpti ex edicto prætoris, totis titt.ff. ad leg.

Aquil.& de ſeru.corrupt.vtra autem ſententia verior eſt?Nam cùm ſint contrariæ,vna ſubſiſtere non poteſt, quin alia tollatur.Ego Vlpiani ſententiam magis probarem. Initium enim & cauſa ſpectanda fuerunt,l.1.§.nō ſolum.& §.ſi ſeruus.D.depoſit.l. ſi procuratorem in princip. ff. mand. quod non tantùm in contractibus ſed & maleficiis locum habet, l.in delictis .§. ſi extraneus. ff.de noxalib.l.ſerui.in princ.l.qui ea.65.ff.de furt.l.1. ff. de pœnis. Initium autē fractioni curis præbuit perſuaſio dolo malo facta,ergo ex perſuaſione teneri debet, id eſt, ſerui corrupti actione.

* * *

F I N I S.





INDEX

LOCVPLETISSIMVS RERVM ET VERBORVM

quæ hoc volumine continentur.

A

D

Fideicomissa

L

te

l.si in

l.1.

FINIS.

